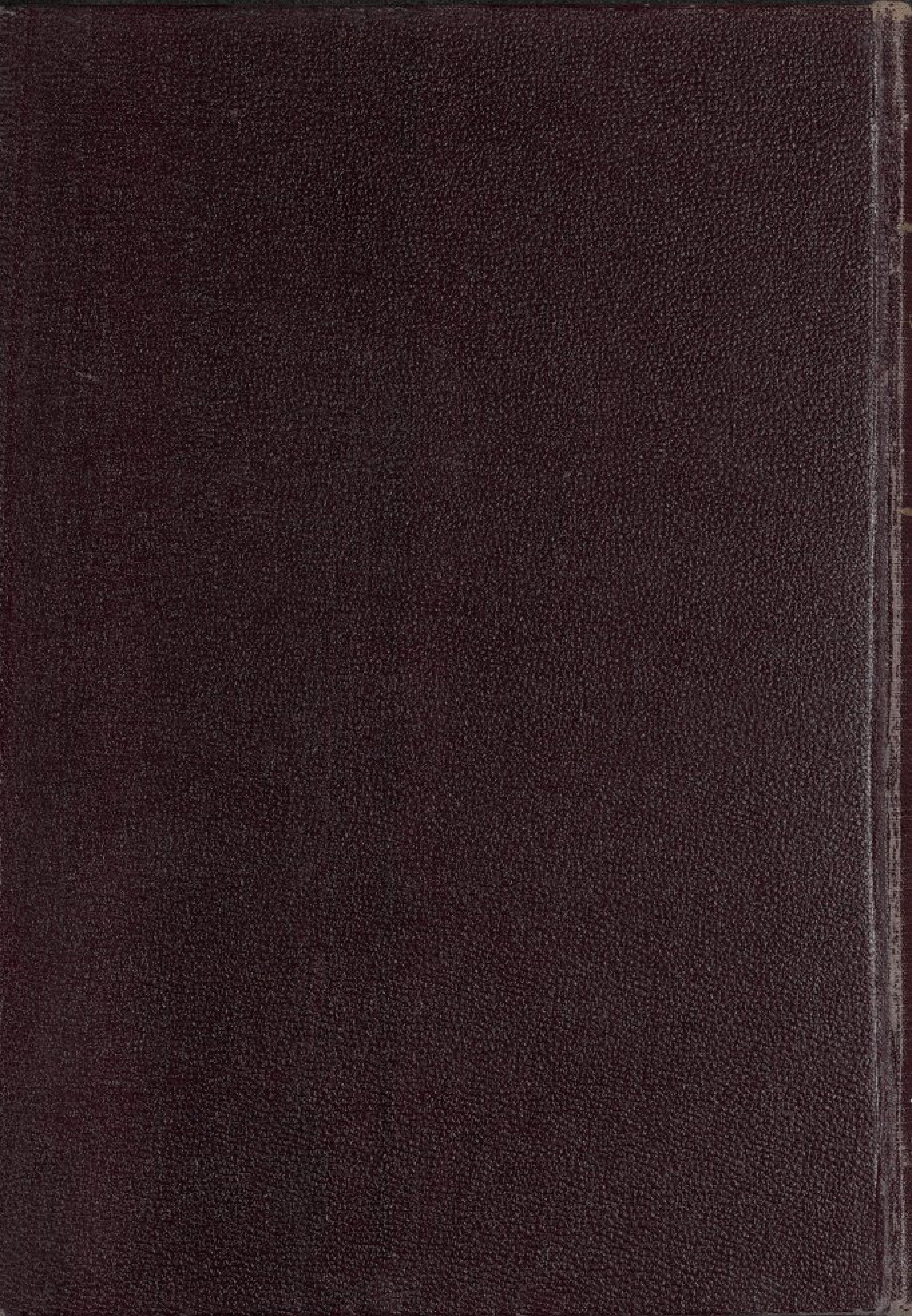
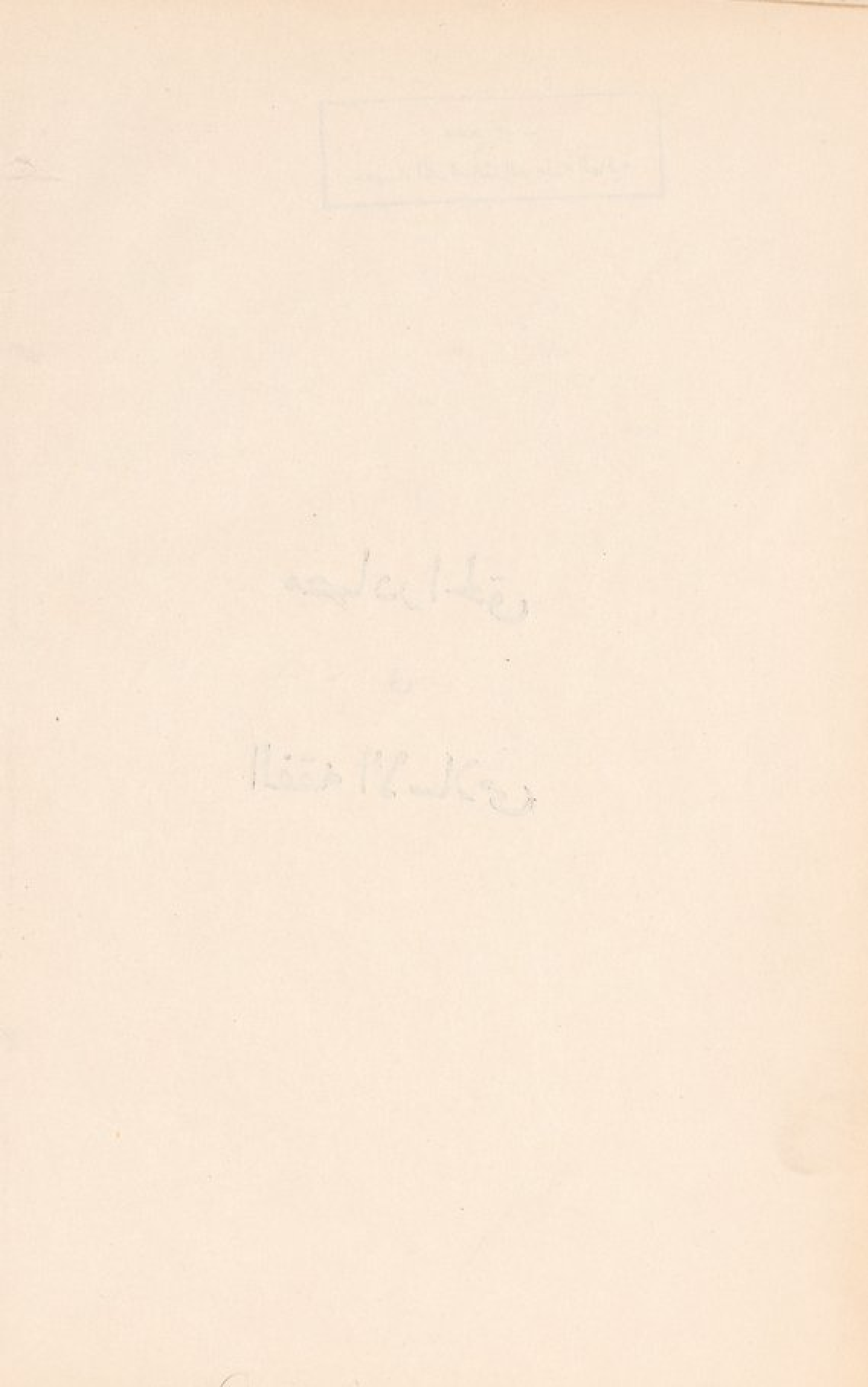



تجليد صالح الدقر
للفنون ٢٢٩٧٧

مصادر الحق

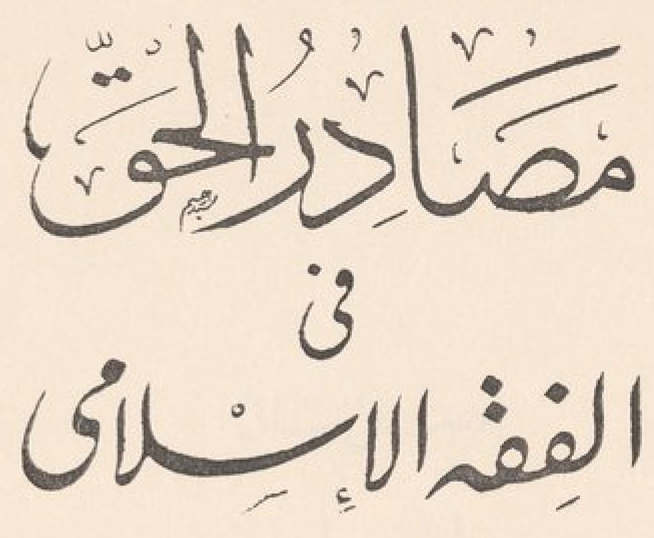
في

الفقه الاسلامى



جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية



دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٣)

محل العقد

ألقاها

الدكتور

عبد الرزاق السنهوري

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]

١٩٥٦

الفصل الثاني

المحل

تعريف المحل وشروطه

محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم المدين القيام به . ونرى من ذلك أن المحل ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فأن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويشترط الفقه الغربى فى محل الالتزام التعاقدى شروطاً ثلاثة :

(أولا) أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل .

(ثانيا) أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

(ثالثا) أن يكون صالحاً للتعامل فيه .

فنستعرض هذه الشروط الثلاثة ، شرطا شرطا ، فى الفقه الغربى وفى الفقه الإسلامى .

الفرع الأول
المحل موجود أو ممكن

المبحث الأول

وجود المحل أو إمكانه فى الفقه الغربى

المطلب الاول

المحــل موجــود

معنى الوجود :

يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدى — إذا كان الالتزام التزاما بنقل حق عينى يتعلق بشىء معين — موجوداً ، أى يجب أن يكون الشىء الذى يتعلق به الحق العينى موجوداً وقت نشوء الالتزام . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فأما أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يتعاقدا على شىء موجود حالا ، وأما أن يكونا قد قصدا التعاقد على شىء أن لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود فى المستقبل .

التعامل فى محل موجود حالا :

ففى الفرض الأول ، إذا قصد المتعاقدان التعامل فى محل موجود حالا ، ولم يكن الشىء موجوداً فعلا وقت التعاقد ، فان العقد يكون باطلا ، حتى لو أمكن وجود الشىء فى المستقبل .

فإذا باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلا ، وتبين بعد ذلك أن النتاج لم يولد ، فالبيع باطل لأن الشىء غير موجود . ولا يصح العقد حتى لو ولد النتاج بعد التعاقد . ويكون العقد باطلا كذلك لو كان

النتاج قد ولد ونفق قبل التعاقد ، اذ أنه لا يكون وقت التعاقد موجودا . أما إذا كان النتاج قد ولد وبقى حيا إلى وقت التعاقد ، ثم نفق بعد ذلك ، فإن العقد ينعقد صحيحا على شيء موجود ، ولكنه ينفسخ لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع للمشترى .

التعامل فى محل مستقبل :

وفى الفرض الثانى ، إذا قصد المتعاقدان التعامل فى شيء إن لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود فى المستقبل ، لا يشترط أن يكون الشيء موجودا فعلا وقت التعاقد ، بل ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشيء موجودا مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل .

ففى المثل المتقدم إذا لم يقصد المتعاقدان التعامل فى نتاج موجود فعلا ، يصح العقد حتى لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد ، مادام أنه يولد بعد ذلك . ومن ثم يجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر جزافا أو بسعر الوحدة ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء . وكثيراً مايقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معينامن مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه بل قبل أن يبدأه ، وأن ينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد ، فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل وهى صحيحة .

والشيء المستقبل الذى يصلح أن يكون محلا للتعامل قد يكون محقق الوجود فى المستقبل ، كما فى بيع المحصولات المستقبلة والمصنوعات التى لم يتم صنعها . وقد يكون محتمل الوجود ، كما فى بيع النتاج الذى لم يولد فهو بيع صحيح معلق على شرط واقف هو أن يولد النتاج ، وكما فى النزول عن الأجر فى مقاولة لم ترس على المقاول بعد فهو أيضاً عقد معلق على شرط واقف هو أن ترسو المقاولة على المقاول .

بل قد يكون العقد واقعاً على شىء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقاً على شرط وجوده ، فيكون العقد احتمالياً أو عقد غرر (contrat aléatoire) كما فى بيع النتاج الذى لم يولد بيعاً منجزا فيصح البيع ولد النتاج أو لم يولد ، وكما فى بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكا أو لم تخرج وأيا كان مقدار السمك الذى أخرجته ، ويراعى ذلك طبعا فى تقدير الثمن .

التعامل فى تركة مستقبلة :

ويستثنى من جواز التعامل فى الشىء المستقبل التعامل فى التركة المستقبلة ، فأنه يكون باطلا . وقد نصت المادة ١٣١ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » .

« ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون(١) » .

ويصعد تحريم التعامل فى تركة مستقبلة إلى القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلة أمرا مخالفا للآداب ، لأن من يتعامل فى تركة شخص لا يزال حيا إنما يضارب على موته . ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام ، إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة أن يعجل بموت المورث . ونرى من ذلك أن القانون الرومانى إنما حرم التعامل فى التركة

---

(١) أنظر أيضا المادة ١٣٢ من التقنين المدنى السورى والمادة ١٣١ من التقنين المدنى الليبى وهما مطابقتان للمادة ١٣١ من التقنين المدنى المصرى . ونصت المادة ١٢٩ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ١. يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول فى المستقبل ، وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر . ٢. غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل » ونصت المادة ١٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « عدم وجود الموضوع (المحل) يستلزم انتفاء وجود العقد . ومع ذلك يجوز أن يكون الموضوع شيئا مستقبلا . ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا إنشاء أى عقد على هذا الإرث أو على شىء من أشيائه ولو رضى المورث ، وإلا كان المحل باطلا أصلا » .

المستقبلة رعاية لحق المورث ، ومن ثم كان هذا التعامل يصح لو اشترك المورث فى العقد أو أجازه . أما القوانين الحديثة فتحرم التعامل فى التركة المستقبلة لمصلحة المورث والوارث معاً ، إذ الوارث الذى يتعامل فى تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزقاطائشاً ، لايكتفى بتبديد مابيده من مال ، بل هو يبدد مقدما ماعسى أن يصل إلى يده منه فى المستقبل ، فجزاء التحريم فى القوانين الحديثة هو البطلان المطلق ، ولا يصح التعامل حتى لو رضى به المورث .

والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها ، أو على جزء من هذا المجموع ، أو على مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة . ويستوى أن تأتى التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لايجوز للوارث أن يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبلة كذلك لايجوز للموصى له أن يتعامل قبل موت الموصى فيما أوصى له به .

أما الطرف الذى يقع منه التعامل ، فقد يكون هو الوارث يبيع من أجنبى نصيبه فى التركة المستقبلة . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ماسيقع فى نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبى ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيبا من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعى ، أو يتفق مع أجنبى على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . فالمورث لايستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية ، وهى تختلف عن هذا الضرب من التعامل فى أنها يجوز الرجوع فيها إلى موت الموصى ، وفى أنها لاتجوز إلا فى حدود الثلث . والحكمة فى تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبحنا للمورث التعامل فى تركته المستقبلة استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام .

وكل ضرب من ضروب التعامل فى التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً فى شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ، أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل ، إلا ما أجازه القانون بنص صريح وذلك كالوصية وقسمة المورث .

المطلب الثانى

المحل ممكن

الإمكان يقابل الوجود :

كما أنه يشترط فى الشىء محل الالتزام بنقل حق عينى أن يكون موجودا على النحو الذى قدمناه ، كذلك يشترط فى الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محل الالتزام ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلا ، فإن العقد يكون باطلا ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقد نصت المادة ١٣٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا[١] » .

---

(١) أنظر أيضا المادة ١٣٣ من التقنين المدنى السورى والمادة ١٣٢ من التقنين المدنى الليبى ، وهما مطابقتان للمادة ١٣٢ من التقنين المدنى المصرى . ونصت المادة ١٢٧ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ١ . إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا ٢ . أما إذا كان مستحيلا على المدين ، دون أن تكون الاستحالة فى ذاتها مطلقة، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده» . ونصت المادة ١٩١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « باطل كل عقد يوجب شيئا أو فعلا مستحيلا إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها . أما الاستحالة التى لا تكون إلا من جهة المديون فلا تحول دون صحة العقد . والموجب الذى لم ينفذ يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر » .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويتبين من المادة ١٣٢ سالفة الذكر أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلا فى ذاته حتى يكون العقد باطلا . وهذه هى الاستحالة المطلقة . أما إذا كان الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم وحده ، فهذه استحالة نسبية لاتجعل العقد باطلا ، ولكن تجعله قابلا للفسخ . فقد يلتزم شخص فى مقابل جعل معين أن يقوم بعمل فنى لايستطيع تأديته ، ولكن العمل الفنى فى ذاته يمكن لفنان آخر أن يقوم به ، فيكون العقد صحيحاً ، ولكن لما كان المدين لايستطيع القيام بالتزامه ، فإن للدائن الحق فى مطالبته بتعويض ، وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد . ومثل الاستحالة النسبية أيضاً أن يلتزم شخص فى مقابل جعل معين أن يجتاز المانش سباحة ، أو أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية كأمراض القلب والسل والسرطان ، ويكون الملتزم ممن لايستطيعون ذلك .

فالذى يجعل العقد باطلا هو الاستحالة المطلقة ، فيكون الالتزام مستحيلا فى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . والاستحالة المطلقة هى استحالة موضوعية بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية بالنسبة إلى بعض دون بعض . وهى تجعل العقد باطلا إذا كانت قائمة وقت التعاقد ، فإن جدت بعد التعاقد ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ثم يكون بعد ذلك قابلا للفسخ . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص أن يجتاز المحيط سباحة ، أو أن يجد علاجا يمنع الموت .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لاتجعل العقد باطلا ، سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له ، وأنما تجعله فى الحالتين قابلا للفسخ . أما الاستحالة المطلقة ، فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ .

الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية :

وقد ترجع الاستحالة المطلقة ، لا إلى طبائع الأشياء ، بل إلى سبب فى القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى ، أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض ، فإذا قامت الاستحالة القانونية قبل التعاقد ، كان العقد باطلا . أما إذا قامت بعد التعاقد فإن العقد يكون قد انعقد صحيحاً ولكنه يكون قابلا للفسخ بسبب هذه الاستحالة . وينبنى على ذلك أن تعهد المحامى برفع الاستئناف ، إذا كان قد صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف ، فإن العقد يكون باطلا . أما إذا كان قد صدر قبل الميعاد ، ولكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف ، وأصبح رفعه مستحيلا ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ، ثم ينفسخ ، ويكون المحامى مسئولا عن التعويض .

المبحث الثانى

وجود المحل أو إمكانه فى الفقه الإسلامى

المطلب الأول

المحل موجود

يشترط وجود المحل فعلا وقت التعاقد :

يشترط فى الفقه الإسلامى أن يكون المحل موجودا فعلا وقت التعاقد . فإن لم يكن موجوداً فالعقد باطل ، حتى لو كان المحل محتمل الوجود ، بل حتى لو كان محقق الوجود فى المستقبل .

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨ — ١٣٩) فى هذا الصدد ما يأتى :

« وأما الذى يرجع إلى المعقود عليه فأنواع . منها أن يكون موجودا ،

فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل ، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم . وكذا بيع اللبن فى الضرع ، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم ، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك ... وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ماظهر منه ولا يجوز بيع مالم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم . وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه .. ولا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والدهن فى السمسم والعصير فى العنب والسمن فى اللبن . . وكذا بيع البزر فى البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت فى الزيتون ، وبيع النوى فى التمر ، وكذلك بيع اللحم فى الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . وكذا بيع الشحم الذى فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، لماقلنا . وكذا بيع البحير فى السمسم ، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر » .

السبب فى هذا التشدد هو خشية الغرر :

ويبدو أن الفقه الإسلامى يجعل بيع المعدوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد ، إمعاناً فى الخشية من الغرر . وهناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الإسلامى غير مشروعة ، ويمعن فى تجنبها ، وهى الغرر والربا وتعدد الصفقة فى العقد الواحد . وسنرى أن كل أمر من هذه الأمور الثلاثة أثر تأثيراً عميقا فى المسائل والأحكام التفصيلية ، بحيث ابتعد الفقه الإسلامى فى كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل . ولو أمكن التبسط فى فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة ، لزال كثير من الأسباب التى تقف بالفقه الإسلامى عن أن يتمشى مع مقتضيات التطور .

التمييز بين فروض مختلفة :

ونحن هنا ـ فى بيع المعدوم ـ نواجه أول هذه الأمور الثلاثة ، وهو الغرر . فلننظر كيف كان الفقهاء حذرين من تسرب هذا العنصر إلى التعامل . فهم يشترطون أن يكون المبيع موجودا وقت البيع ، لأنه إذا لم يكن موجودا ـ حتى لو وجد فى المستقبل ـ دخل عنصر الغرر ، وهم يحرصون على تجنبه. ويحسن من هذه الناحية أن نميز بين فروض خمسة : (١) الشىء بأكمله موجود وقت التعاقد (٢) الشىء فى أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده (٣) الشىء غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل (٤) الشىء غير موجود أصلا وقت التعاقد أو موجود فى أصله وهو غير محقق الوجود فى المستقبل (٥) الشىء غير موجود أصلا وقت التعاقد وهو لن يوجد فى المستقبل ، أى أن انعدام الشىء محقق وقت التعاقد وبعده .

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان ـ الأول والأخير ـ ينتفى فيهما عنصر الغرر بتاتاً . فالشىء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه ، ما فى ذلك شك لا فى الفقه الغربى ولا فى الفقه الإسلامى . والشىء غير الموجود أصلا وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلا ، ما فى ذلك شك أيضا لا فى الفقه الغربى ولا فى الفقه الإسلامى .

بقيت الفروض الثلاثة الأخرى ، نتناولها الآن فرضا فرضا ، لنرى إلى أى مدى يدخل فيها عنصر الغرر .

١٤ — الشىء فى أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

عنصر الغرر يكاد يكون منتفيا ومن ثم فالتعامل جائز :

الأمثلة التى يغلب فى هذا الفرض ورودها فى النصوص هى بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح ، وبيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان . وهنا عنصر الغرر يكاد يكون منتفياً ، فالثمر

أو الزرع قد طلع فعلا وسيبدو صلاحه ، والزرع قد وجد بعضه فعلا وسيتلو بعض آخر . ومن ثم فإن الرأى المفتى به فى المذهب الحنفى يقول بجواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح على تفصيل سنذكره، ويذهب مالك إلى جواز بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض .

على أن النصوص الفقهية تشتمل على كثير من الأحكام التفصيلية فى هذه المسألة نورد هنا بعضاً منها .

بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح جائز :

يمكن القول بوجه عام أن الفقه الإسلامى يجيز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بدو الصلاح ، على تفصيل نورد فى شأنه بعض النصوص .

جاء فى المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤ — ص ١٩٧) : « وشراء الثمار قبل أن تصير منتفعا بها لا يجوز ، لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بنى آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم . فإن صار منتفعاً به ، ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه(١) ،فاشتراه بشرط القطع ، يجوز . وان اشتراه بشرط الترك ، لا يجوز . وان اشتراه مطلقا ، يجوز عندنا ، لأن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه فى الحال ، فهو وشرط القطع سواء . وعند الشافعى لا يجوز ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، أو قال حتى يزهى ، أو قال حتى تؤمن العاهة . وتأويله عندنا فى البيع بشرط الترك ، بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم ، وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها . . فأما إذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج ، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز ، وان اشتراه بشرط الترك ففى القياس العقد فاسد ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا ، وجوز محمد العقد فى هذا الفصل استحسانا

---

(١) جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : « لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد ، وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة » .

لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هـــذا ، ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ، ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله ، والطعم من الكواكب بتقدير الله ، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب ، فلهذا قال محمد أستحسن أن أجوزه ، بخلاف ما قبل أن يتناهى عظمه » .

ويرى من هذا النص أن هناك تفصيلا فى جواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح . فيشترط للجواز أن يكون الثمر أو الزرع مما ينتفع به ، إذ المشترى ملزم بقطعه فى الحال كما سنرى ، فوجب أن يكون عند القطع منتفعا به حتى يصير مالا متقوما .

ثم أن المشترى بعد أن يصير الثمر أو الزرع منتفعا به وقبل بدو صلاحه ، يجب أن يشترى بشرط القطع أو أن يشترى مطلقا ، وفى الحالتين يلتزم بقطع الثمر أو الزرع فى الحال فلا يبقى شىء فى أرض البائع . أما إذا اشترى بشرط الترك أى بشرط أن يبقى الثمر أو الزرع فى أرض البائع حتى يبدو صلاحه ثم يدرك فيقطعه بعد ذلك ، فبالرغم من أن هذا هو الفرض الطبيعى ، فإن العقد يكون مع ذلك فاسداً ، للغرر أولا ، ولأن المشترى يكون بذلك قد اشترط أن يبقى شاغلا ملك البائع ، وهذا — كما يقول الزيلعى (جزء ٤ ص ١٢) — « شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير . أو نقول أنه صفقة فى صفقة ، لأنه إجارة فى بيع إن كان للمنفعة حصة من الثمن ، أو إعارة فى بيع إن لم يكن لها حصة من الثمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة فى صفقة » .

على أن المشترى إذا اشترى بشرط الترك فيما تناهى عظمه من الثمر أو الزرع ، صح بيعه عند محمد استحسانا « لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا » . أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبقيان على القياس ،

ويذهبان إلى أن البيع فاسد حتى فى هذه الحالة .

وقد جاء فى الفتاوى الهندية (٣ ص ١٠٦) فى هذا المعنى : « فإن تناهى عظمها ، فباعها مطلقا أو بشرط القطع صح ، وإن باع بشرط الترك لم يصح قياسا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وصح استحسانا عند محمد رحمه الله تعالى . وفى الأسرار أن الفتوى على قوله ، كذا فى الكافى . وفى التحفة الصحيح قولهما ، كذا فى النهر الفائق » .

وإذا اشترى مطلقا ، وجب أن يقطعه فى الحال كما قدمنا . ولما كان المفروض أن الثمر أو الزرع لم يبد صلاحه ، فقد يتركه المشترى فى الأرض حتى يبدو صلاحه ثم يدرك ، ولكن لا يكون ذلك بشرط الترك يشترطه المشترى على البائع فإن هذا الشرط يفسد البيع كما رأينا ، ولكن دون شرط ، بإذن من البائع أو بغير إذنه . وهنا يقول صاحب فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٣): « ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه ، فإما بإذن البائع إذناً مجرداً ، أو بإذن فى ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك ، أو بلا إذن . ففى الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل : أما فى الإذن المجرد فظاهر ، وأما فى الاجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف فى إجارة الأشجار وعدم الحاجة ، فإن الحاجة ليست بمتعينة فى ذلك ، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالإستئجار ، وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها . ولا يخفى ما فى هذا من العسر فانه يستدعى شراء مالا حاجة له إليه، أو ما لا يقدر على ثمنه، وقد لا يوافقه البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى . وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة ، فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجاراً ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ، ذكره الكرخى . وإذا بطلت بقى الإذن معتبرا ، فيطيب . بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك ، حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الاجارة هناك فاسدة ، لأن الأرض تجوز إجارتها وإنما فسدت لجهالة الأجل فأورث خبثاً . أما

هنا فالإجارة باطلة ، والباطل لا وجود له ، فلم يوجد إلا الاذن ، فطاب . أما الفاسد فله وجود ، فكان الاذن ثابتاً فى ضمنه باعتباره ، فمنع . وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه ، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل فى دار الاسلام إن كان جاهلا ببطلان الاجارة . وفى الثالثة لا يطيب له ، ويتصدق بما زاد ، لأنه حصل بجهة محظورة . أما إذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشترى بغير إذن البائع ، فانه لا يتصدق بشىء ، لأنه لم يزدد فى ذاتها شىء . وهذا قول المصنف : لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ، أى تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس له . نعم عليه إثم غصب المنفعة ، يتعلق به ، لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها » .

ويخلص مما تقدم أن المشترى لو أبقى الزرع فى الأرض أو الثمر على الشجر بإذن معتبر من البائع ، بأن كان إذناً مجردا أو إذناً ضمن إجارة باطلة لا وجود لها - كإجارة الأشجار لابقاء الثمر إذ لا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة - فنما الزرع أو الثمر ، طاب له الفضل لقيام الاذن المعتبر . أما لو أبقى الزرع أو الثمر بغير إذن أو بإذن ضمن إجارة فاسدة — كإجارة الأرض لإبقاء الزرع حيث تكون الإجارة فاسدة لجهالة الأجل — لم يطب له الفضل ، ووجب عليه التصدق به ، إلا فيما تناهى عظمه فإنه لا يزيد شيئاً فلا فضل يتصدق به .

كذلك إذا اشترى مطلقا ، فأثمرت ثمراً آخر ، أى لم يقتصر الأمر على نمو الثمر أو الزرع المبيع بل حدثت زيادة فيه ، فإن كانت الزيادة قبل القبض ، فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره لأنه فى يده » (الزيلعى ٤ ص ١٢) . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٧) فى هذا المعنى : « ولو اشتراها مطلقا عن القطع وأثمرت ثمرة ، فإن كان قبل تخلية البائع بين المشترى والثمار فسد البيع . وإن كان بعدها لم يفسد ، ويشتركان ، والقول للمشترى فى مقدار الزائد مع يمينه » . وجاءنا فى فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها

مطلقا ، فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، فأشبه هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض ، فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره مع يمينه لأنه فى يده » .

ومذهب مالك يقرب من المذهب الحنفى ، ويلخصه ابن جزى فى القوانين الفقهية (ص ٢٦١) فى العبارات الآتية : « ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . ويستوى فى ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاثى والخضروات وجميع البقول والزروع ، وبدو الصلاح مختلف : فى التمر أن يحمر ويصفر ، وفى العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفى سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل ، وفى الزرع أن ييبس ويشتد .... وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به ، كالقصيل وغيره . فإن شرط فيها التبقية ، لم يجز البيع . وإن سكت عن التبقيـة والقطع ، فقولان . فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها ، انفسخ البيع ، وإن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع » ونرى من ذلك أن مذهب مالك ، كالمذهب الحنفى ، يجيز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها إن كانت مما ينتفع به على شرط القطع ، ولايجيزه على شرط التبقيـة أو الترك ، وإن كان البيع مطلقا عن شرط القطع وعن شرط الترك ففى المذهب قولان ، قول يجيز وقول لايجيز .

ومذهب الشافعى هو أيضاً يجيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح على أن يكون البيع مقترناً بشرط القطع . جاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٨١): « ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم نهى عن بيع ثمرة النحل حتى تزهى ، والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة . ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة . ولهـذا لو اشترى بالليل

متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح ، والعادة فى الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر . وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ، ففيه وجهان : أحدهما يصح لأنه يحصل لمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض ، والثانى لا يصح لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل » .

ومذهب أحمد كالمذاهب الأخرى يجيز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح بشرط القطع . جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٩) : « لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام : (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع إجماعا لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع ، متفق عليه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث (القسم الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فى الحال ، فيصح بالإجماع ، لأن المنع كان خوفا من تلف الثمرة ، وحدوث العاهة عليها قبل أخذها ، بدليل ماروى أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، قال : أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه . رواه البخارى ، وهذا مأمون فيما يقطع . فصح بيعه كما لو بدا صلاحه . (القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا ولم يشترط قطعا ولا تبقية ، فالبيع باطل ، وبه قال مالك والشافعى . وأجازه أبو حنيفة . لأن إطلاق العقد يقتضى القطع فهو كما لو اشترطه ، قال ومعنى النهى أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله : أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه ! فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود فى الحال حتى يتصور المنع . ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، فيدخل

فيه محل النزاع ، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التى قررها فى أن إطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرر ماقلنا من أن إطلاق العقد يقتضى التبقية فيصير العقد المطلق كالذى شرطت فيه التبقية يتناولهما النهى جميعا ، ويصبح تعليلهما بالعلة التى علل بها النبى صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها . وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب : (أحدها) أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذى ذكرنا حكمه وبينا بطلانه . (الثانى) أن يبيعها مع الأصل ، فيجوز بالإجماع لقول النبى صلى الله عليه وسلم : من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترطها المبتاع ، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً فى البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة والنوى فى التمر مع التمر وأساسات الحيطان فى بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصى لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى ، ففيه وجهان : أحدهما يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشترى ، فيصح كما لو اشتراهما معاً ، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشترى على الكمال لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح بيعها مع أصلها . والثانى لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبى ، ولأنها تدخل فى عموم النهى بخلاف ما إذا باعهما معاً فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ويجوز فى التابع من الغرر مالا يجوز فى المتبوع كما يجوز بيع اللبن فى الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما . وأن باعه الثمرة بشرط القطع فى الحال صح وجها واحداً ، ولا يلزم المشترى الوفاء بالشرط لأن الأصل له ».

وقد لخص ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٢ — ص ١٢٦) المذاهب جميعاً فى هذه المسألة . وجاء فيما قاله فى ذلك : « وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن يكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق . ثم إذا خلقت لايخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى . وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع » .

« أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق ، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك . . وأما بيعها بعد الصرام ، فلا خلاف فى جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، ألا ماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة أنه لا يجوز ألا بعد الصرام . فاذا قلنا بقول الجمهور أنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى . وقد قلنا أن ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع ، فلا خلاف فى جوازه ، إلا ماروى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية ، فلا خلاف فى أنه لا يجوز ألا ماذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار . فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعى وأحمد وأسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال أبو حنيفة يجوز ذلك ألا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع ، لا من جهة ما هو بيع مالم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشترى ، فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ماقبل

الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ، لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الإطلاق أى النهى عن البيع قبل الازهاء ، بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الازهاء ، فأجازوا بيعها قبل الأزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال . هل يحمل على القطع وهو الجائز . أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ، ومن حمله على القطع قال يجوز . والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه أنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع ألا أن يشترطها المبتاع . قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب . واحتجوا لذلك بما روى عن زيد ابن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم ، قال المبتاع أصاب الثمر الزمان ... وأمراض لعاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها . وربما قالوا أن المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى أن من ضرورة بيع الثمار القطع ، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية ».

ويخلص مما قدمناه من النصوص فى مختلف المذاهب أنه يجوز بيع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه . ولولا أن الفقهاء اشترطوا القطع فوراً

وجعلوا البيع بشرط الترك أو التبقية فاسدا ، لاستقام الأمر . ولا شك فى أن قطع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه يتعارض مع الحاجة إلى استبقائه على الشجر أوفى الأرض حتى ينضج ويدرك . وقد أخذ ابن رشد - فى النص الأخير الذى نقلناه عنه - على الكوفيين الذين يحملون الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب ، أنه كان يجب عليهم أن يجيزوا بيع الثمر قبل بدو صلاحه على شرط التبقية . ولكننا رأينا أن المذهب الحنفى يفسد البيع بشرط الترك أو التبقية ، ولا يجيزه إلا بشرط القطع ، ثم يحمل البيع مطلقا على البيع بشرط القطع فيجيزه .

على أنه ينبغى أن نسجل مافى المذهب الحنفى من تطور ملحوظ فى هذه المسألة . فهو يبدأ بتقرير الاحكام التى قررتها معه المذاهب الأخرى ، وهى أحكام يضيق بها التعامل . فهو لايجيز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، ولو طلع وصار منتفعاً به ، إذا اشترط المشترى تركه فى الأرض أو على الشجر حتى بدو الصلاح . وإنما يجيز بيعه بشرط القطع ، أو مطلقا ويحمل الإطلاق على القطع كما قدمنا . وإلى هنا ليس فى الأحكام المرونة الواجبة ، فبيع الزرع بشرط القطع إنما هو بيع شىء موجود متكامل الوجود ، فكأن تكامل الوجود فى الشىء لايزال شرطا فى التعامل . فإذا كان الزرع بحال لم يتم نضجه ، وتقضى الضرورة أن يباع بشرط الترك حتى ينضج ، فهنا محل التسليم ببيع شىء لم يتكامل وجوده ، ولكن المذهب لايسلم ذلك ، ويذهب إلى فساد البيع إذا اشترط المشترى ترك الزرع .

ولكن - وهنا نرى التطور ملحوظا - يخفف من حدة هذه الأحكام ما يأتى :

(أولا) يستحسن محمد - وما أروع الاستحسان هنا فهو مصدر خصب لتطور الفقه الإسلامى - جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وبشرط الترك ، إذا تناهى عظمه : « لأن مدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل

اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير . مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا » .

(ثانياً) وإذا كان أبو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد فى الفرض المتقدم ، فإنهما مع ذلك يجيزان فى البيع المطلق أن يترك المشترى الزرع فعلا فى الأرض حتى ينضج ، بإذن معتبر من البائع — سواء كان الإذن مجردا أو كان أذنا ضمن إجارة باطلة — وتطيب الزيادة فى هذه الحالة للمشترى ، فلا يجب عليه التصدق بها .

(ثالثاً) وإذا كانت الأئمة الثلاثة — أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد — يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه ، فإنهم جميعا فى هذه الحالة يجيزون فى البيع المطلق ترك الزرع فعلا فى الأرض حتى ينضج بإذن معتبر من البائع ، وتطيب الزيادة للمشترى على الوجه السالف الذكر .

(رابعا) أما إذا لم يكن هناك إذن معتبر — بأن لم يوجد الإذن أصلا أو كان الإذن ضمن أجارة فاسدة — فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع فى الأرض فعلا ، بل وتطيب الزيادة للمشترى فيما تناهى عظمه من الزرع فلا يتصدق بها ، وقد رأينا أن محمداً يذهب إلى أبعد من ذلك ، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تناهى عظمه .

(خامساً) وحتى فى الزرع الذى لم يتناه عظمه ، إذا بيع مطلقاً ، ولم يكن هناك إذن معتبر ، فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع فى الأرض فعلا حتى ينضج . وإذا كانت الزيادة فى هذه الحالة لا تطيب للمشترى وعليه أن يتصدق بها ، فإن هذا الحكم لا يتعلق بالقضاء ، بل هو حكم فى الدين ، أما فى القضاء فإن الزيادة تكون ملكا للمشترى ، وإلا لما جاز له أن يتصدق بها .

فها نحن فى المذهب الحنفى قد وصلنا — بسلسلة محكمة الحلقات من الترخص المحمود — إلى جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه مع تركه فى الأرض حتى ينضج .

بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض :

هنا أيضاً الشيء فى أصله موجود وقت التعاقد، ثم يتكامل بعده. فعنصر الغرر ليس من الجسامة بحيث ينبغى أن يفسد العقد . ولكن المذاهب مع ذلك تباينت أزاء هذا البيع . فالحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون بيع ماظهر من الزرع دون مالم يظهر ، مع شيء من التردد فى المذهب الحنفى فى جواز البيع حتى فيما لم يظهر . أما المالكية فيجيزون بيع ماظهر من الزرع وما لم يظهر على السواء ، وينزلون فى ذلك بحق على مقتضى حاجة التعامل .

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص١٣٩) : « وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم . وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه ، لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس فى الحرج . ولنا أن مالم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ، ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة ، فأنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر ، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشترى » . ويسهب صاحب المبسوط (جزء١٢ ص ١٩٧) فى بيان الحكم على الوجه الآتى : « ولم يذكر فصلا آخر فى الكتاب ، وهو ما إذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد ، كالتين ونحوه ، فاشترى الكل . فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافا لمالك ، فأنه يقول بأن وجود صفة المالية والتقوم فى شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده فى الكل للحاجة إلى ذاك ، كما أن فى باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل فى حق جواز العقد ، أو يجعل ما خرج أصلا ومالم يخرج منه جعل تبعا له فى حق جواز العقد لتعامل الناس ولكننا نقول جمع فى العقد بين المعدوم والموجود ، والمعدوم لا يقبل البيع ، وحصة الموجود من البدل غير معلوم . فلا يجوز العقد .

قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يفتى بجواز هذا البيع فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك . وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل ، قال أجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ، قال استحسن فيه لتعامل الناس ، فأنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم فى ذلك عادة ظاهرة . وفى نزعهم عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية فى هذا عن محمد ، وهو فى بيع الورد على الأشجار فأن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع فى الكل مطلقاً بهذا الطريق . قال الشيخ الامام ولكن الأول عندى أصح ، لأن المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة فى الباذنجان والبطيخ . فأنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون مايحدث من ملك المشترى له ، وفى الثمار كذلك فأنه يمكن أن يشترى الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى إلى أن يصير منتفعاً به ، أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق » .

ونرى من ذلك مبلغ ما يبذل من جهد فى المذهب الحنفى لإباحة بيع مالم يظهر من الزرع . وقد وجد فى المذهب قول مرجوح لشمس الأئمة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى يذهب إلى جواز بيع مالم يظهر من الزرع ، استحسانا لعادة الناس فى التعامل على ذلك وللضرورة، بل حكى عن محمد جواز بيع الورد المتلاحق على الأشجار . وحمل صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٧٤) الجواز على أصل محمد. وبجعل أصحاب هذا القول ماظهر من الزرع هو الأصل ومالم يظهر منه يكون تبعا للأصل فيباع معه .

ولكن السرخسى صاحب المبسوط يقول أن الأصح فى المذهب هو عدم جواز بيع مالم يظهر من الزرع، إذ لا ضرورة تقتضى جواز هذا البيع، ففى مثل الباذنجان والبطيخ يمكن أن تباع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشترى ، وفى الثمار يشترى الموجود المنتفع به ببعض الثمن ويؤخر

العقد فيما بقى إلى أن يصير منتفعا به ، أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث .

وتردد كتب المذهب الحنفى ما جاء فى المبسوط . من ذلك ما جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ١٢) : « ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض ، فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض ، يشتركان فيه للإختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره لأنه فى يده . وكذا فى الباذنجان والبطيخ . والمخلص ان يشترى الأصول لتحصل الزيادة فى ملكه ، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع إن شاء . وقيل المخلص فيه أن يشترى الثمار الموجودة والمعدومة . فإنه جائز عند بعضهم إذا كان الموجود أكثر . فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور : أحدها إذا خرج الثمر كله ، فانه يجوز بيعه بالإنفاق ، وحكمه ما مضى . ثانيها ألا يخرج شىء منه ، فانه لا يجوز بيعه إتفاقا . ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض ، فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب . وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة . وكان شمس الأئمة الحلوانى وأبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان به . وقال شمس الأئمة السرخسى والأصح أنه لا يجوز ، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشترى الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى إلى وقت وجوده ، أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعدوم مصادما للنص ، وهو ماروى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم » . ويلاحظ أن الزيلعى عندما تكلم فى جعل ماظهر من الثمر أصلا وما لم يظهر تبعاً فرض أن ماظهر هو الأكثر وهو قول محمد بن الفضل البخارى ، ولكن السرخسى فى المبسوط لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلوانى . وجاء فى فتح القدير

(جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم البيع لتعذر التمييز ، فأشبه هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره مع يمينه لأنه فى يده . وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا . وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل ، وزعم أنه مروى عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع ، نقله شمس الأئمة عنه ، ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر ، بل قال عنه أجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، وقد استحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس من عادتهم حرج . وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد رحمه الله ، وهو بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق ، وهو قول مالك رحمه الله . والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشترى أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه . وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ، ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن . وفى ثمار الأشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد ، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث فى الأذن فى ترك الثمر على الشجر ، وهو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط » .

ومذهب الشافعية والحنابلة كالمذهب الحنفى فيما قدمناه . جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٩) : « ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة . وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى .

وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شىء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ، ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . إذا تقرر هذا فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع ، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا فى ثمرة الأشجار ، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه . قال القاضى ويصح بيع أصول هذه البقول التى تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى . ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمر فأشبه الشجر » .

أما مذهب مالك فقد خطا خطوة كبيرة إلى الأمام ، وأجاز كما قدمنا بيع مالم يظهر من الزرع مع ماظهر . جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٦١) « وإذا كانت الثمرة تطعم بطنا بعد بطن ، جاز بيع سائر البطون ببدو صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاثىء والتين ، خلافا لهم . فإن كانت منفصلة ، لم يجز بيع الثانى بصلاح الأول اتفاقا ، كالباكور مع تين العصير » . ويحصل ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠ و ١٣١) مذهب مالك فى هذه المسألة على الوجه الآتى : « أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معاً . واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة . وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل . فإن لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق ، كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير . ثم أن اتصلت ، فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز . فمثال المتميز جز القصيل الذى يجز مدة بعد مدة ، ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثىء والباذنجان والقرع . فى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان ، أحدهما الجواز والأخرى المنع . وفى الذى يتصل ولا يتميز قول

واحد وهو الجواز . وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعى فى هذا كله ، فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه . أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشىء ، كأنه رأى أن الرخصة هنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار ، أعنى ما طاب مع ما لم يطب ، لموضع الضرورة . والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً ، وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل . ولم يجزه الشافعى إلا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره ، أجازه مالك ومنعه الشافعى . والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر . وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو إليه الضرورة أو ماجمع الأمرين » (راجع أيضا الفروق للقرافى جزء ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها : الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر) .

وغنى عن البيان أن مذهب مالك فى هذه المسألة يستجيب ، أكثر من غيره من المذاهب ، لحاجات التعامل . فهو يجيز فى صراحة ووضوح بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه ، ولا يرى فى ذلك إلا غررا يسيرا تقضى الضرورة بتحمله . وقد بين ابن رشد فى عبارة جلية الأصل عند مالك فى ذلك ، فقال : « والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة » . ثم قال الغرر قسمان غرر مؤثر فى البيوع وغرر غير مؤثر . ثم ختم عبارته بما يفيد اتفاق الفقهاء على هذا الأصل ، فيقول : « وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين

القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليســير أو الذى تدعو إليه الضرورة أو ماجمع بين الأمرين » .

هذا أصل جليل فى الفقه الأسلامى ينبغى أن نقف عنده. فالغرر إذا كان يسيراأودعت إليه الضرورة هو غرر غير مؤثر فى صحة العقود. وإنما تختلف الأنظار فيما هو اليسير وفيما تدعو إليه الضرورة ، وينبغى أن تختلف فى بيئة عن بيئة وفى عصر عن عصر ، وسنعود إلى ذلك تفصيلا .

§ ٢ الشىء غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل

المبدأ العام والاستثناءات :

هنا نجد الفقه الاسلامى — على الوجه الذى استقر عليه فى عصور التقليد — يضيق بحاجات التعامل . فقد كان الأصل الذى قام عليه عدم جواز بيع المعدوم هو فكرة الغرر . ولكن سرعان ما اختفى هذا الأصل ، وأصبح انعدام الشىء فى ذاته هو سبب البطلان ، ولو لم يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير .

لذلك نجد أجماعا من المذاهب على أن الشىء إذا لم يكن موجودا أصلا وقت التعاقد ، كان العقد باطلا ، حتى لو كان وجوده محققا فى المستقبل . لقد سلم الفقهاء ، كما رأينا ، أن الشىء إذا كان موجودا فى أصله دون أن يوجد كاملا - كالزرع أو الثمر الذى لم يبد صلاحه وكالزرع الذى يوجد بعضه بعد بعض - فهذا الوجود الأصلى وإن لم يكن وجودا كاملا يكفى لجواز التعاقد . أما انعدام الشىء أصلا ، فقد خلطوا بينه وبين الغرر ، واعتبروا أن التعامل فى شىء منعدم وقت التعاقد ينطوى فى ذاته على غرر يفسد العقد . ولم يميزوا بين مصير الشىء المعدوم فى المستقبل ، هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر وكان ينبغى أن يصح العقد ، أو هو محتمل الوجود وعندذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذى يقتضيه .

على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا ثغرتين فى هذا المبدأ الذى جمد

عليه الفقهاء ، فأجاز الفقه الإسلامى بيع المعدوم فى السلم والاستصناع . فنبسط المبدأ ، ثم نستعرض الاستثنائين .

المبدأ العام — بيع المعدوم باطل :

يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨ — ص ١٣٩) : « وأما الذى يرجع إلى المعقود عليه فأنواع . منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم . . . ولا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والدهن فى السمسم والعصير فى العنب والسمن فى اللبن ، ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب فى سنابلها . لأن بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم ، لأنه لا دقيق فى الحنطة ولا زيت فى الزيتون ، لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق ، فلا دقيق فى حالة كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتونا ، فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد . بخلاف بيع الحنطة فى سنبلها ، لأن ما فى السنبل حنطة إذ هى اسم للمركب وهى فى سنبلها على تركيبها ، فكان بيع الموجود ، حتى لو باع تبن الحنطة فى سنبلها دون الحنطة لا ينعقد ، لأنه لا يصير تبنا إلا بالعلاج وهو الدق ، فلم يكن تبنا قبله ، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . وبخلاف بيع الجذع فى السقف والآجر فى الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد ، حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشترى يجبر على الأخذ ، وههنا لا ينعقد أصلا حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشترى على القبول ، لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل فى الركن ولا فى العاقد والمعقود عليه ، بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع والقطع ، فإذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ . أما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ، ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلا ، فلا يحتمل النفاذ . فهو الفرق . وكذا بيع البزر فى البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت فى الزيتون ، وبيع النوى فى التمر وكذلك بيع اللحم فى الشاة الحية لأنها إنما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا

ينعقد وكذا بيع الشحم الذى فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، لما قلنا وكذا بيع البحير فى السمسم ، لأنه إنما يصير بحيرا بعد العصر » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : « لا خلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر » وفى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٦) : « بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا » ، وفى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٤) : « أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهى عن بيع مالم يخلق أو من باب بيع السنين والمعاومة ، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهى بيع الشجر أعواما . إلا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين » .

نرى من هذه النصوص أن الفقه الإسلامى لا يجيز بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنه معدوم ، وإن كان سيوجد فى المستقبل . وكذلك لا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة ، والزيت فى الزيتون ، والدهن فى السمسم ، والعصير فى العنب ، والسمن فى اللبن ، لأن هذا بيع المعدوم فلا ينعقد ، حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشترى على القبول . ولا يجوز بيع البزر فى البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت فى الزيتون ، وبيع النوى فى التمر ، وبيع اللحم فى الشاة الحية ، وبيع الشحم الذى فيها وأليتها وأكارعها ورأسها . كل هذا بيع المعدوم فلا ينعقد .

هذا بيع المعدوم ، ما فى ذلك شك ، ولكنه معدوم حالا محتق الوجود مآلا ، فأين الغرر الفاحش فى ذلك !

هناك أمثلة غير عملية وردت فى كتب الفقه : بيع الدقيق فى الحنطة ، والزيت فى الزيتون ، والدهن فى السمسم ، والعصير فى العنب ، والسمن فى اللبن . فإن الناس إذا رغبت التعامل فى ذلك ، فانما تشترى الحنطة لا الدقيق لتستخرج الدقيق من الحنطة ، وتشترى الزيتون لا الزيت لتستخرج الزيت

من الزيتون ، والسمسم لا الدهن ، والعنب لا العصير ، واللبن لا السمن .

ولكن الفقهاء أوردوا إلى جانب هذه الأمثلة غير العملية أمثلة عملية ضيقوا فيها مجال التعامل . فبيع النوى فى التمر ، وبيع اللحم فى الشاه الحياة ، وبيع الشحم الذى فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، كل هذه حالات قد تقوم فيها الحاجة إلى التعامل ، هذا إلى أن النوى موجود حالا فى التمر واللحم والشحم وسائر الأطراف موجود حالا فى الشاة . على أن المثل العملى الذى يزيد فى خطره على الأمثلة المتقدمة هو بيع الثمر والزرع قبل ظهوره ، فهذا بيع مألوف فى التعامل ما دام مقدار البيع معيناً أو ممكن التعيين ، بأن يبيع صاحب الأرض محصول كذا من الفدادين قطناً أو قمحاً أو نحو ذلك بسعر معين للوحدة لا للمجموع ، فمثل هذا البيع لا يدخله الغرر الفاحش فالمحصول معين محقق الوجود مآلا ومقداره ممكن التعيين ، والثمن معلوم وهو معين على أساس سعر الوحدة لا جزافا حيث يحتمل الغبن ويدخل الغرر ، فما هى العلة فى منع جواز هذا البيع !

لقد كانت ضرورات التعامل أقوى من المنطق الجامد ، ومن ثم أجاز الفقهاء — واستندوا فى ذلك إلى الأثر — بيع السلم وبيع الاستصناع والأجارة . فهذه ضروب من التعامل يقع فيها العقد على شىء معدوم حالا ولكنه محقق الوجود مآلا ، فأجازها الفقهاء لجريان التعامل بها ، والضرورة هى التى أجرت هذا التعامل . أما الإجارة فأمرها معروف ، فهى بيع المنافع المستقبلة ، أى بيع غير الموجود حالا على أنه سيوجد استقبالا ، وقد اجيزت على سبيل الاستحسان . بقى السلم والاستصناع . فلننظر الآن ماذا أحاط بهما من القيود .

الاستثناء الأول — السلم :

يمكن تعريف السلم فى الفقه الإسلامى بأنه بيع شىء غير موجود بالذات بثمن مقبوض فى الحال ، على أن يوجد الشىء ويسلم للمشترى فى أجل معلوم .

ويسمى المشترى المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال . ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه .

على أن للسلم شروطا وقيودا تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه وضعاً خاصاً تجعله استثناء مقيداً فى حدود ضيقة .

فيشترط فى المبيع – المسلم فيه – أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة ، كحنطة سقية وسط أو تمر فارسى جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف ألا تفاوت يسير . فان كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم فى المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفى العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع فى ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفى الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل فى باب السلم . ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والجلود والبطيخ والقثاء والسفرجل والرمان ونحوها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب فى المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين . فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه . لأن المسلم فيه مبيع لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، سمى السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً ، والمبيع مما يتعين بالتعيين . ويجب فى المسلم فيه أيضاً أن يكون مؤجلا حتى لا يجوز السلم فى الحال عند الحنفية . وعند الشافعى هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه

– البائع – تمكينا له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما فى بيع العين . واحتجت الحنفية بقوله عليه السلام من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وبأن السلم حالا يفضى إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ ، وبأن الترخيص فى السلم هو تغيير الحكم الأصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . وأما مقدار الأجل فلم يذكر فى الأصل ، وذكر الكرخى أن تقدير الأجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز ، وروى عن محمد أنه قدر بالشهر وهو الصحيح ، لأن الأجل إنما شرط فى السلم ترفيها وتيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب فى المدة ، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه ، فأما ما دونه ففى حد القلة فكان له حكم الحلول . ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين ، لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين ، فتعتبر حياته وموته فى الأجل وسقوطه. ويجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدى الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعى الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . وجه قوله أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم ، فيعتبر الوجود وقت التسليم وذلك عند محل الأجل ، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة . وينبنى على اشتراط الحنفية وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت الأجل أن رب

السلم إذا أسلم فى طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى وكاشان جاز ، لأنه لاينفد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم . ومن الفقهاء من قال لا يجوز إلا فى طعام ولاية ، لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت ، والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن . والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام إن كان مما لاينفد طعامه غالبا يجوز السلم فيه ، سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة ، لأن الغالب فى أحكام الشرع ملحق بالمتيقن ، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم ، كأرض بعينها أو قرية بعينها ، لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم . وقد روى أن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أسلم إليك فى تمر نخلة بعينها ، فقال عليه الصلاة والسلام أما فى تمر نخلة بعينها فلا . وذكر فى الأصل إذا أسلم فى حنطة هراة لا يجوز ، وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة . لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه .

أما الثمن فى السلم — رأس المال — فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برنى وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً فى مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين ، وأنه منهى عنه لما روى أن النبى عليه السلام نهى عن بيع الكالىء بالكالىء أى النسيئة بالنسيئة ، ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى سلما وسلفا لغة وشرعا ، تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد . ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض فى المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك . وجه القياس أن إشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون دينا عادة ، ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين ، ولأن مأخذ العقد فى الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين .

هذه هى أهم النصوص فى الشروط الواجب توافرها فى السلم، نقلناها ملخصة عن البدائع (جزء ٥ ص ٢٠١ - ص ٢١٥) . ويتبين منها أن السلم بما أحاطه من قيود أصبحت له سمة خاصة ، يتميز بها عن سائر العقود . وأهم هذه القيود أربعة :

(أولا) يجب قبض رأس المال فى مجلس العقد . وإلا كان السلم فاسداً

(ثانياً) يجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط الجوهرى يعوض ، فى رأينا ، انعدام المسلم فيه بالذات وقت العقد ، فكأن السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه مما لا يحتمل انقطاعه ، فلا يجوز السلم فى تمر نخلة بعينها ولا فى محصول أرض بالذات ، بل فى التمر جملة وفى المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل أى محصول أرض بالذات .

ثالثاً — لا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلىء والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك .

(رابعا) يجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم ، فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم فى الحال ، حتى لو ثبت أن المسلم إليه قادر على التسليم . والأجل المجهول ، كوقت الحصاد ، لا يجوز . فطبيعة السلم تقتضى التأجيل إلى أجل معلوم ، لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، اذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلا للتسليم مع أنه يقبض الثمن فى الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع فى القيمة والفرق فى مقابلة الأجل .

فالسلم بهذه القيود ليس مطلق بيع المعدوم كما قدمنا ، بل هو بيع المعدوم فى صورة خاصة من صوره . ولا يصلح ، على هذا الوجه ، أن يبيح بيع المعدوم حالا إذا كان محقق الوجود مآلا ، فى جميع الصور ، بل ولا فى أكثرها .

ولو أن السلم تحلل من هذه القيود — وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسلم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل ليجوز بيع محصول أرض بالذات ، ولم يشترط أن يكون فى العدديات المتقاربة ليجوز فيما يتفاوت تفاوتا فاحشا ، ولم يشترط الأجل المعلوم ليجوز بيع المعدوم فى الحال أو بيعه إلى وقت الحصاد — لأمكن القول أن السلم هو الطريق الذى يؤدى إلى جواز بيع المعدوم فى الحال مادام أنه محقق الوجود فى المآل.

وقد سارت المذاهب الأخرى ، غير المذهب الحنفى ، شوطا فى محو هذه القيود: ١ ـ فعند مالك لا يشترط، كما رأينا، قبض رأس المال، فى مجلس العقد إذا كان رأس المال عينا لا دينا . ولكن لما كان الغالب أن يكون رأس المال دينا، فلا يزال هذا القيد قائما فى الكثرة الغالبة من الأحوال حتى فى مذهب مالك ٢ ـ ولا يشترط ، عند مالك والشافعى ، عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم فى المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء . ولكن يسقط الأجل بموت البائع، ويشترط تعجيل الثمن إذا كان دينا كما هو الغالب . ٣ — يصح السلم ، عند مالك والشافعى ، فى العدديات المتفاوتة مادام يمكن ضبطها بالوصف. ٤ ـ ويجوز السلم فى الحال عند الشافعى ، كما يجوز إلى أجل غير معلوم كوقت الحصاد عند مالك والشافعى وأحمد .

ونرى من ذلك أن القيد الذى لا يزال مستعصيا هو شرط تعجيل الثمن فى مجلس العقد إذا كان دينا ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

الاستثناء الثانى — الاستصناع :

الاستصناع هو أيضاً كالسلم ضرب من ضروب بيع المعدوم . ويختلف عن السلم فى أن المبيع فى السلم دين تحتمله الذمة ، فهو من المكيلات أو الموزونات أو المزروعات أو العدديات المتقاربة كما قدمنا . أما المبيع فى الاستصناع فهو عين لا دين ، كما فى استصناع أثاث أو حياكة ثوب ، ومع

ذلك تكون العين مؤجلة تحتملها الذمة ، ومن ثم كان جواز الاستصناع أبعد عن القياس من السلم . والبائع فى الإستصناع هو الصانع ، والمشترى هو المستصنع (بالكسر) ، والمبيع هو المستصنع (بالفتح) . وينعقد الإستصناع على العين لا على عمل الصانع ، وبهذا يفارق الصانع الأجير المشترك .

ويشترط فى جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع ، فلا بد أن يكون معلوما . ولما كان الاستصناع قد جاز استحسانا على خلاف القياس ، لأن الناس تعاملوه فى جميع الأعصار من غير نكير فكان إجماعا منهم على الجواز ، فهو لايكون ألا فيما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف والآنية ونحوها ، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائكا أن يحوك ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه ، لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس كما قدمنا فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع . ويمر على مرحلتين : الأولى من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع للشىء المصنوع ، والثانية هى التى تلى هذه الرؤية . ففى المرحلة الأولى يكون العقد غير لازم من جهة كل من المتعاقدين ، حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع ، وكان للمستصنع أن يرجع أيضا فى العقد قبل رؤيته للشىء المصنوع . ذلك أن القياس هو ألا يجوز الاستصناع أصلا ، ألا أن جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس ، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المصنوع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم ، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس . وفى المرحلة الثانية ، بعد رؤية المستصنع للشىء المصنوع ، يكون الخيار للمستصنع لا للصانع . ذلك أن الشىء المصنوع ، وإن كان معدوما حقيقة ، لكنه جعل موجودا شرعا حتى جاز العقد استحسانا ، ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه . أما الصانع فقد باع شيئا لم يره ، فلا خيار له . هذا إلى أن إلزام حكم العقد فى جانب المستصنع

أضرار به ، لأن من الجائز ألا يلائمه المصنوع ولا يرضى به ، فلو لزمه وهو مطالب بثمنه، احتاج إلى بيعه من غيره ولا يشترى منه بمثل قيمته ، فيتضرر به . وليس فى الإلزام فى جانب الصانع ضرر، لأنه إن لم يرض به المستصنع أمكن الصانع أن يبيعه من غيره بمثل قيمته. وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته. وروى عن أبى يوسف أنه لا خيار لأى منهما فى كل من المرحلتين: لا خيار للصانع، ويجب عليه المضى فى العمل وتسليم المصنوع للمستصنع لأنه بائع، ولا خيار للبائع إذا باع مالم يره . ولا خيار للمستصنع قبل رؤية الشىء ولا بعد رؤيته إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف، لما يترتب على ثبوت الخيار له من الأضرار بالصانع، إذ يكون الصانع قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمصنوع على الصفة المشروطة ثم لا يمضى المستصنع فى الصفقة .

هذا إذا استصنع شيئا ولم يضرب له أجلا. فإذا ما ضرب له أجلا، فانه ينقلب سلما عند أبى حنيفة ، فلا يجوز إلا بشرائط السلم ، فيجب تعجيل الثمن ويصح فيما لا تعامل فيــه ولا خيار لواحد منهما كما فى السلم . وعند الصاحبين هو على حاله استصناع ، وذكر الأجل للتعجيل . وجه قولهما أن هذا استصناع حقيقـة ، فلو صار سلما إنما يصير بذكره المـدة ، وأنه قد يكون للاستعجال كما فى الاستصناع ، فلا يخرج عن كونه استصناعا مع الاحتمال . ولأبى حنيفة أن الأجل فى البيع من الخصائص اللازمة للسلم ، فذكره يكون ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحا ، كالكفالة بشرط براءة الأصيل انها حوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة (أنظر فى كل ما تقدم البــدائع ٥ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠) .

ويبين مما تقدم أن الاستصناع كالسلم صورة خاصة من صور بيع المعدوم ، أجيزت استحسانا للحاجة ولتعامل الناس . وهى لا تستغرق كل الصور التى تقتضيها حاجة التعامل ، لأنها مقصورة على استصناع شىء غير موجود جرى التعامل على استصناعه ، فهى من هذا الوجه صورة أخص من السلم. ثم أن الاستصناع ، حتى فى صورته الخاصة هذه ، يشوبه عيبان : (١) هو عقد غير

لازم فى مرحلته الأولى كما رأينا ، فهو أقرب للعدة منه للبيع ، حتى قال بعض الفقهاء أنه عدة . ولعل السبب فى عدم لزومه هو أن الشيء معدوم عند التعاقد ، فلا يلزم الصانع ألا بعد أن يتم صنعه فيوجد على الكمال، ولا يلزم المستصنع ألا بعد أن يراه كاملا فيرضاه . على أن أبا يوسف كان سديد الرأى حين قال بلزوم الاستصناع لكل من المتعاقدين منذ البداية . (٢) ثم هو يصبح سلما، بما يقتضيه السلم من وجوب تعجيل الثمن ، إذا حدد له أجل معلوم . والأولى هنا الأخذ برأى الصاحبين من أن الاستصناع إذا ضرب له أجل يبقى على حاله استصناعا .

النهى عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم :

ولسنا نرى علاج الأمر فى بيع المعدوم ألا من ناحية المبدأ ذاته ، فقد رأينا أن ان الاستثناءات التى أقرها الفقهاء لاتكفى فى هذا العلاج . والصحيح فى رأينا ، أن الشرع الإسلامى لم يحرم بيع المعدوم إلا بقدر ماينطوى عليه من الغرر ، فبيع المعدوم باطل للغرر لاللعدم . فالأصل إذن هو الغرر ، فإن كان فاحشا كان البيع باطلا وجد المبيع أو انعدم ، وإن كان الغرر يسيرا كان البيع صحيحا وجد المبيع أو انعدم . فالعبرة ليست بالتعامل فى معدوم ، بل هى بانطواء التعامل على غرر فاحش . ومن ثم إذا بيع المعدوم جزافا ولو كان محقق الوجود فى المستقبل ، فإن البيع فى هذه الحالة قد ينطوى على غرر فاحش فيكون باطلا . أما إذا بيع المعدوم بسعر الوحدة ، وكان محقق الوجود فى المستقبل ، فإن الغرر هنا يكون لاشك يسيرا ، وكان ينبغى أن يصح البيع ، وسيجىء بيان ذلك فيما يلى .

ولابن القيم فى أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٧ — ص ٣٦١) قول سديد قوى فى هذا المعنى ، نورده فيما يأتى : « وأما المقدمة الثانية ، وهى أن بيع المعدوم لا يجوز ، فالكلام عليها من وجهين . (أحدهما) منع صحة هذه المقدمة ، إذ ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولا فى كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وإنما فى السنة النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة ، كما فيها النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة . فليست العلة فى المنع لا العدم ولا الوجود ، بل الذى وردت به السنة النهى عن بيع الغرر ، وهو مالا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما ، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجودا . إذ موجب البيع تسليم المبيع ، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار ، فإنه لا يباع إلا بوكس ، فإن أمكن المشترى تسلمه كان قد قمر البائع ، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع . وهكذا المعدوم الذى هو غرر ، نهى عنه للغرر لا للعدم ، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة ، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته ، وهذا من الميسر الذى حرمه الله ورسوله . ونظير هذا فى الإجارة أن يكريه دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة . وكذلك فى النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له ، وكذلك سائر عقود المعاوضات . بخلاف الوصية فإنها تبرع محض ، فلا غرر فى تعلقها بالموجود والمعدوم ومايقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر . وطرده الهبة إذ لا محذور فى ذلك فيها ، وقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم هبة المشاع المجهول فى قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له فقال : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لك . (الوجه الثانى) أن نقول بل الشرع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده . . . والنبى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض فى الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيها إذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد . . . ومن هذا الباب بيع المقاثى والمباطخ والباذنجان ، فمن منع بيعه إلا لقطة لقطة قال لأنه معدوم فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها ، ومن جوزه كأهل المدينة ، وبعض أصحاب أحمد فقولهم أصح ، فأنه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه ، ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها ،

ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك ، ولو كلف الناس به لكان أشق شيء عليهم وأعظمه ضررا ، والشريعة لاتأتى به . وقد تقدم أن مالا يباع إلا على وجه واحد لاينهى الشارع عن بيعه ، وإنما نهى الشارع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لأمكان تأخير بيعها إلى وقت بدو الصلاح . ونظير مانهى عنه وأذن فيه بيع المقاثى إذا بدا الصلاح فيها ، ودخول الأجزاء والأعيان التى لم تخلق بعد كدخول أجزاء الثمار ومايتلاحق فى الشجر منها ، ولافرق بينهما البتة » .

فالمحظور إذن هو بيع الغرر لا بيع المعدوم . ويبقى أن نحدد ماهو الغرر وما هى أقسامه وما الذى يفسد منها العقد وما الذى لايؤثر فى صحته . وهذا ماننتقل الآن إليه فى الكلام فى الشيء غير محقق الوجود فى المستقبل .

§ ٣ – الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد أو موجود فى أصله وهو غير محقق الوجود فى المستقبل .

دخول عنصر الغرر :

إذا كان الشيء محل التعامل غير موجود أصلا وقت التعاقد ، أو كان موجودا فى أصله ، ولكنه فى الحالتين غير محقق الوجود فى المستقبل ، فإن له خطر المعدوم ، ومن ثم يدخل عنصر الغرر . من ذلك بيع اللبن فى الضرع ، وبيع حمل الدابة فى بطنها ، وبيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة . كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهى كالمقامرة لا تجوز .

والنصوص فى هذا المعنى كثيرة . من ذلك ماجاء فى المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤) : « ولا يجوز شراء اللبن فى الضرع كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر . والغرر مايكون مستور العاقبة ، ولايدرى أن مافى الضرع ريح أو دم أو لبن . ولأن البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه ، واللبن فى الضرع بمنزلة الصفة فى الحيوان ، ولايكون مالا متقوما بنفسه قبل الحلب ، وأوصاف الحيوان لاتقبل البيع كاليدوالرجل .

ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة ، وتلك الزيادة لايتناولها البيع ، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع . ثم تتمكن المنازعة بينهما فى التسليم ، لأن المشترى يستعصى فى الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن . وكذلك بيع أولادها فى بطونها لا يجوز لمعنى الغرر وانعدام المالية والتقوم فيه قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه. واستدل بنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة ، منهم من يروى بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل ، ومنهم من يروى بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع مايحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها . وقد كانوا فى الجاهلية يعتادون ذلك ، فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة . قيل المضامين ماتتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام ، وقيل على عكس هذا المضامين ما تتضمنه الأرحام والملاقيح ما تتضمنه الأصلاب . »

ومن ذلك أيضا ماجاء فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٢) : « ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها. والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أولا المنطوق به فى الشرع ومايتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ماشهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، ليكون كالقانون فى نفس الفقه، أعنى فى رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به فى الشرع ، فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع مالم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهى ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ، ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ، أو يبتاعه ليلا ولايعلم مافيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق.

وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى ، وقيل أيضا أنهم كانوا يقولون إذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع ، وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة مافى بطنها، ثم ينتج ما فى بطنها، والغرر من جهة الأجل فى هذا بين . وقيل إنما هو بيع جنين جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح ، والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح ما فى ظهور الفحول . فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها، وهى محرمة من تلك الأوجه التى ذكرناها . (١)

---

(١) وقد جاء فى نهاية المحتاج ألى شرح المنهاج للرملى (جزء ٣ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣) عن بيوع الملامسة والمنابذة والحصاة ما يأتى : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . عن الملامسة ، رواه الشيخان ، بأن يلمس — بضم الميم وكسرها وما اشتهر على الألسنة من الفتح فلا وجه له لأنها فى الماضى مفتوحة وليست حرف حلق — ثوبا مطويا أو فى ظلمة ، ثم يشتريه على ألا خيار له أذا رآه ، أو على أن يكتفى بلمسه عن رؤيته ، أو يقول أذا لمسته فقد بعتكه اكتفاء بلمسه عن الصيغة ، أو على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط . وعن المنابذة ، بالمعجمة ، رواه الشيخان ، بأن يجعلا النبذ أى الطرح بيعا إكتفاء به عن الصيغة ، أو يقول إذا نبذته فقد بعتكه ، أو متى نبذته انقطع الخيار ، أو على أنك تكتفى بنبذه عن رؤيته، وبطلانه لعدم الرؤية أو الصيغة أو الشرط الفاسد . وعن بيع الحصاة، رواه مسلم ، بأن يقول بعتك من هذه الأثواب ماتقع هذه الحصاة عليه ، أو يجعلا الرمى لها بيعا ... ولك أولى أولنا الخيار إلى رميها».

وجاء فى تذكرة الفقهاء للعلامة الحلى (مطبعة النجف سنة ١٩٥٥ — الجزء السابع القسم الأول ص ٤١ — ص ٤٢) : « بيع الملامسة والمنابذة والحصاة باطل بالأجماع، لأن النبى صلى الله عليه وآله نهى عن ذلك كله . والملامسة أن يبيع شيئا ولايشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، وهو ظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعى . وله تفاسير ثلاثة : (١) أنه يجعل اللمس بيعا ، بأن يقول صاحب الثوب للراغب : إذا لمست ثوبى فهو مبيع منك بكذا . وهو باطل لما فيه من التعليق ، وقال بعض الشافعية إنه من صور المعاطاة . (٢) وأن يأتى بثوب مطوى له فى ظلمة فيلمسه الراغب ، ويقول صاحب الثوب بعتك بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام النظر ولا خيار لك إذا رأيته ، فسره الشافعى ، قال بعض الشافعية : أن أبطلنا بيع الغائب بطل ، والاصح تخريجا من تصحيح شرط نفى الخيار . (٣) وأن يبيعه على أنه إذا لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره ، ويبطل عقده لفساد الشرط ، والوجه عندى صحته أن كان قد نظره . والمنابذة قيل أن يجعل النبذ بيعا ، بأن يقول أنبذ إليك ثوبى بعشرة ثم ينبذه ، ويكتفيان به بيعا . وقيل أن يقول بعتك كذا بكذا على أنه إذا نبذته إليك فقد وجب البيع . فالنهما=

ما هو الغرر ومتى يفسد العقد :

وقد صح عندنا أن الشرع الأسلامى إنما يحرم الغرر لا بيع المعدوم ، كما تقدم القول . وفى النصوص السابقة رأينا بيوعا تمكن فيها الغرر ففسدت ، وبعضها المبيع فيه موجود وبعضها المبيع فيه معدوم أو على خطر المعدوم.

وننظر الآن ما هو الغرر ومتى يفسد العقد .

جاء فى تهذيب الفروق (جزء أول ص ١٧٠ – ص ١٧١) : « قسم مالك رحمه الله تعالى التصرفات ثلاثة أقسام : (أحدها) معاوضة صرفة يقصد بها تنمية المال ، فاقتضت حكمة الشرع أن يجتنب فيها من الغرر والجهالة ما إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول فى مقابلته إلا مادعت الضرورة إليه عادة . وذلك أن الغرر والجهالة كما يؤخذ مما مر ثلاثة أقسام : أحدها ما لا يحصل معه المعقود أصلا ، والثانى ما يحصل معه ذلك دنيا ونزرا ، والثالث ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث . وقسم أبو الوليد الغرر إلى ثلاثة أقسام ، كثير وقليل ووسط ، وجعل الكثير عبارة عن القسمين الأولين فى هذا التقسيم ، فقال فى بداية المجتهد الفقها. متفقون على أن الغرر الكثير فى المبيعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز ، ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر . . . . . . (القسم الثانى) ما هو احسان صرف لا يقصد به تنمية المال . كالصدقة والهبة والإبراء ، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا ، وفى المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله ، مع أنه إذا وهب له عبده الآبق ولم يجده لاضرر عليه لأنه لم يبذل شيئا ، والحق

= الشافعية . وظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعى أن يقول إذا نبذته إلى فقد اشتريته بكذا . وقيل طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه . والحصاة أن يقول : إرم هذه الحصاة فعلى أى ثوب وقعت فهو لك بكذا . وقيل أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ماتبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا . وقيل أن يقول بعتك هذا بكذا على أنى متى رميت هذه الحصاة وجب البيع . ولا نعلم خلافا فى بطلان الجميع » .

مالك بهذا القسم الخلع نظراً لكون العصمة واطلاقها ليس من باب مايقصد بالمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء كالهبة . (القسم الثالث) ما لم يكن معاوضة صرفا ولا إحساناً صرفا كالنكاح ، فهو من جهة أن المال ليس فيه مقصوداً وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يقتضى امتناع الجهالة والغرر فيه . فلوجود الشبهين فيه توسط مالك ، فجوز الغرر القليل . . . ولم يجز فيه الغرر الكثير . . وعمم الشافعى المنع من الجهالة فى جميع التصرفات ولو كانت إحساناً صرفا كالهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح ، إلا أن الأحاديث الصحيحة فى نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول لما لم يرد فيها مايعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم من مذهب مالك مخالفة نصوص صاحب الشرع بخلاف مذهب الشافعى ، بل إنما وردت فى البيع ونحوه ، كان ماذهب إليه مالك رحمه الله تعالى فقها جميلا ، بخلاف ماذهب إليه الشافعى . قلت والظاهر أن المراد بالغرر القليل المغتفر فى النكاح هو مالا يغتفر فى نحو البيع وهو ما يحصل معه المعقود دنيا ونزرا ، وما يغتفر فيه أيضا وهو مايحصل معه غالب المعقود عليه » .

(أنظر أيضا فى نفس المعنى الفروق الجزء الأول ص ١٥٠ - ص ١٥١)

وجاء فى الفروق (جزء ٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦) فى الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر : « اعلم أن العلماء قد يتوسعون فى هاتين العبارتين ، فيستعملون أحداهما موضع الأخرى . وأصل الغرر هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا ، كالطير فى الهواء والسمك فى الماء . وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما فى كمه ، فهو يحصل قطعا لكن لا يدرى أى شيء هو . فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر

وبدونه . أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الأباق لاجهالة فيه ، وهو غرر لأنه لايدرى هل يحصل أم لا . والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لايدرى أزجاج هو أم ياقوت ، مشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به . وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الأباق . ثم الغرر والجهالة يقعان فى سبعة أشياء . فى الوجود كالآبق بعد الأباق ، والحصول إن علم الوجود كالطير فى الهواء ، وفى الجنس كسلعة لم يسمها ، وفى النوع كعبد لم يسمه ، وفى المقدار كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة ، وفى التعيين كثوب من ثوبين مختلفين ، وفى البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة . ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام : كثير ممتنع أجماعا كالطير فى الهواء ، وقليل جائز أجماعا كأساس الدار وقطن الجبة . ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثانى ، فلارتفاعه عن القليل الحق بالكثير ، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف العلماء فى فروع الغرر والجهالة . (١) .

---

(١) وجاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ، ص١٢٩ ــ ص ١٣١) : « ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها . . وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب ، المختلف فيها بين فقهاء الأمصار ، فكثيرة . لكن نذكر منها أشهرها ، لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(المسألة الأولى) المبيعات على نوعين . مبيع حاضر مرئى ، فهذا لاخلاف فى بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء . فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الأحوال ، لاما وصف ولا مالم يوصف ، وهذا أشهر أقوال الشافعى ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعنى أن بيع الغائب على الصفة لايجوز . وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فأن شاء أنفذ البيع وأن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وأن جاء على الصفة . وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعى لاينعقد البيع أصلا فى الموضعين . . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه . فالشافعى رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه =

=من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لاغرر هناك وإن لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في إنعقاد البيع ، ولاخلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . . . ولابد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهل هو موجود وقت العقد أو معدوم ، ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة ألا أن يكون مأمونا كالعقار . ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه .

(المسألة الثانية) وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة . وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا .

(المسألة الثالثة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وأن لم تطب جملته معاً ، واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة . . . والأصل عند (مالك) أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة .

(المسألة الرابعة) اللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعا لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره ، أجازه مالك ومنعه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ، وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين .

(المسألة الخامسة) ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة ، اختلفوا فيه أيضا . فقال أبو حنيفة يجوز ، ومنعه مالك ، والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله . ومن ذلك بيع الآبق ، أجازه قوم بأطلاق ، ومنعه قوم بأطلاق ومنهم الشافعي ، وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الأباق ويتواضعان الثمن أعني أنه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقدق بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس. وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي . . وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة . وقال سائر الفقهاء لايجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب بيع المريض ، أجازه مالك إلا أن يكون ميئوسا منه ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه . ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعا ، وأجازه قوم في الأمرين جميعا وبه قال الحسن البصري » .

وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٥٦ - ٢٥٧) : « فى بيع الغرر وهو ممنوع للنهى ، ألا أن يكون يسيراً جداً فيختفر . »(١)

ويتبين من النصوص المتقدمة أن هناك فرقا بين الغرر وبيع المجهول . فبيع الغرر هو الذى لا يعلم هل يحصل أم لا ، كبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء . وأما بيع ما علم حصوله وجهلت صفته فهو بيع المجهول ، كبيعه

---

(١) ويمضى ابن جزى فيما بدأ به فيقول : « والغرر الممنوع على عشرة أنواع : (النوع الأول) تعذر التسليم كالبعير الشارد ، ومنه بيع الجنين فى البطن دون بيع أمه ، وكذلك استثناؤه فى بطن أمه ، وكذلك بيع مالم يخلق كبيع حبل حبلة وهو نتاج ماتنتج الناقة وبيع المضامين وهى ماف ظهور الفحول . (النوع الثانى) الجهل بجنس الثمن أو المثمون ، كقوله بعتك ماف كمى . (النوع الثالث) الجهل بصفة أحدهما ، كقوله بعتك ثوبا من منزلى أو بيع شىء من غير تقليب ولا وصف - يجوز فى المذهب بيع الشىء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ، ومنعه الشافعى مطلقا . ويشترط فى المذهب فى البيع على الصفة خمسة شروط : الأول ألا يكون بعيدا جدا كالأندلس وأفريقية . الثانى ألا يكون قريبا جدا كالحاضر فى البلد . الثالث أن يصفه غير البائع . الرابع أن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها . الخامس ألا ينقد ثمنه بشرط ألا فى المأمون كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم أن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وأن خرج على خلاف ذلك فللمشترى الخيار - يجوز بيع ماف الأعدال من الثياب على وصف البرنامج ، بخلاف الثوب المطوى دون تقليب . (النوع الرابع) الجهل بمقدار أحدهما ، كقوله بعت منك بسعر اليوم أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان ، إلا بيع الجزاف وقد تقدم . ولايجوز بيع القمح فى سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافا للشافعى . وكذلك لايجوز بيعه فى تبنه ، ويجوز بيعه مع تبنه . ولايجوز بيع تراب الصاغة ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز فى القشر الأعلى ، خلافا للشافعى . (النوع الخامس) الجهل بالأجل كقوله إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو . ويجوز أن يقول إلى الحصاد أو إلى معظم الدراس أو إلى شهر كذا ، ويحمل على وسطه . (النوع السادس) بيعتان فى بيعة ، وهو أن يبيع مثمونا واحدا بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مثمونين بثمن واحد . فالأول أن يقول بعتك هذا الثوب بعشرة نقدا أو بعشرين إلى أجل ، على أن البيع قد لزم فى أحدهما . والثانى أن يقول بعتك أحد هذين الثوبين بكذا ، على أن البيع قد لزم فى أحدهما . (النوع السابع) بيع مالا ترجى سلامته ، كالمريض فى السياق . (النوع الثامن) بيع الحصاة ، وهو أن يكون بيده حصا فإذا سقطت وجب البيع . (النوع التاسع) بيع المنابذة ، وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر وينبذ الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك . (النوع العاشر) بيع الملامسة ، وهو أن يلمس الثوب فيلزمه البيع بلمسه وأن لم يتبينه » .

ما فى كمه . على أن الفقهاء كثيراً مايخلطون ما بين بيع الغرر وبيع المجهول ، فيستعملون الواحد موضع الآخر .

والغرر يوجد من جهة الجهل على أوجه : فالجهل بوجود المعقود عليه ، أو بحصوله أن وجد ، أو بجنسه ، أو بنوعه ، أو بصفته ، أو بمقداره ، أو بتعيينه ، أو ببقائه ، أو بالأجل المضروب له ، كل هذا جهل يوجب الغرر .

ثم أن الغرر ينقسم ، من حيث تأثيره فى صحة العقد ، إلى قسمين : غرر مؤثر وغرر غير مؤثر . فالغرر المؤثر هو مايفسد العقد . والغرر غير المؤثر هو مالا يؤثر فى صحة العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً .

وفى المعاوضات ، يكون الغرر مؤثرا — أى مفسدا للعقد — إذا كان غرراً كثيرا لا تدعو له الضرورة . أما إذا كان الغرر يسيرا ، أو كان كثيرا ولكن تدعو له الضرورة ، فلا تأثير له فى صحة العقد . وهناك غرر ما بين الكثير واليسير ، فلارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير ، ولانحطاطه عن الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير .

أما فى التبرعات ، فلا يكون الغرر ، مهما كان كثيراً ، مؤثراً فى صحتها . وذلك أنه لا ضرر من الغرر ، ولو كان كثيرا ، على من يتلقى التبرع ، لأنه لم يبذل شيئا يخشى ضياعه من جراء الغرر .

وعقد الزواج — وهو ليس معاوضة صرفا أو تبرعا صرفا بل بين بين — يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر فى المعاوضات وأيسر مما يغتفر فى التبرعات ، للتوسط بين هذين الطرفين .

على أن معايير الغرر — الغرر الكثير والغرر اليسير والغرر المتوسط والغرر الذى تدعو له الضروة — تختلف فى تطبيقاتها فى بيئة عن بيئة ، وفى عصر عن عصر (١) . بل قد تختلف الأنظار أيضا فى البيئة الواحدة والعصر الواحد . فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعى ، لأنه يرى أن الغرر

---

(١) من ذلك ماذكر ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠) من أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لما يتعلق به من الغرر ، ويقولون أن موجب العقد التسليم فى الحال . ويفند ابن القيم فى أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) هذا

فيه كثير . ويجوز عند أبى حنيفة مع خيار الرؤية ، ويجوز عند مالك لازما من غير خيار إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وسبب الخلاف بين أبى حنيفة ومالك هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر فيكون من الغرر اليسير . فأبو حنيفة يراه غرراً كثيراً مؤثرا فيجيز خيار الرؤية ، ومالك يراه غررا يسيرا غير مؤثر فيجعل البيع لازما. وبيع ما يثمر بطونا مختلفة متلاحقة اختلف فى صحته الفقهاء على النحو الذى قدمناه ، فمالك يذهب إلى صحته ويرى أن الغرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى لا تجيز إلا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز إذ ترى أن

الرأى على الوجه الآتى : « وقوله أن موجب العقد التسليم فى الحال : جوابه أن موجب العقد أما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجب المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما منتف فى هذه الدعوى . فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد ، ولا العاقدان التزما ذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير أما فى الثمن وأما فى الثمن . وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة فى تأخير التسليم للمبيع . . وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة ، وإن كانت منفعة البضع للزوج ولم تدخل فى البيع . واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزنا له فيه متاع كثير لا ينقل فى يوم ولا أيام ، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله فى ساعة واحدة ، بل قالوا أن هذا مستثنى بالعرف . فيقال وهذا من أقوى الحجج عليكم ، فأن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرع فأنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع ، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع . وأيضا فقولكم أن موجب العقد استحقاق التسليم عقيبه ، أتعنون أن هذا موجب العقد المطلق أو مطلق العقد ؟ فإن أردتم الأول فصحيح. وإن أردتم الثانى فممنوع ، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد ، وموجب العقد المقيد ما قيد به ، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به . وأن كان موجبه عند إطلاقه خلاف ذلك ، فموجب العقد المطلق شىء وموجب العقد المقيد شىء . والقبض فى الأعيان والمنافع كالقبض فى الدين . والنبى صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الأبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض فى الحال ، بل القبض المعتاد عند إنتهاء صلاحها » .

وفى رأينا ، أن السبب فى عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لا يرجع إلى الغرر ، بل يرجع إلى إعتبارات معروفة فى الصياغة الفنية فى الفقه الاسلامى . فالتأجيل لا يكون إلا فى الديون إذ هى التى تحتملها الذمة ، أما الأعيان فلا تحتملها الذمة فلا يجوز فى القياس تأجيلها . على أننا سنعود إلى تأصيل قاعدة أن الأعيان لا يجوز تأجيلها فى الفقه الاسلامى فى موضع آخر .

الغرر فيه كثير . وبيع مايغيب بعضه فى الأرض كاللفت والجزر والكرنب ، أو مايختفى فى قشره كالجوز واللوز ، على هذا الخلاف ،فهو جائز عند مالك لأن الغرر عنده فيه يسير ، وغير جائز عند الشافعى لأن الغرر عنده فيه كثير . وعلى هذا الخلاف أيضا بيع السمك فى الغدير أو البركة ، وبيع العبد الآبق ، وبيع لبن الغنم . وبيع المريض غير الميئوس من شفائه ، وبيع تراب المعدن وتراب الصاغة ، وما إلى ذلك مما يقع فيه الغرر ، فتتفاوت الأنظار هل هو غرر كثير فلا يجوز البيع ، أو هو غرر يسير فيجوز .

ولا شك فى أن لتغير البيئة والعصر ولتطور الحضارة تأثيرا كبيراً فى تطبيق معايير الغرر . وفى عصرنا هذا ينبغى أن يكون نظرنا إلى الغرر ينطوى على شىء من التسامح ، فما كان غررا لا يغتفر فى العصور الماضية يصبح الآن بعد تطور النظم الإقتصادية من الغرر اليسير الذى يغتفر .

على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الإسلامى حسنة من حسناته الكبرى . فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة ، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات . فيستطيع الفقه الإسلامى، من وراء هذه المعايير ، مسايرة الحضارات المتطورة فى كل عصر . ولا شك فى أن النظام القانونى الذى يتخذ المعايير المرنة — دون القواعد الجامدة — إنما يدل بذلك على تقدم كبير فى الصناعة القانونية يجارى بها مايستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحا للبقاء فى العصور المتعاقبة .

تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشىء غير محقق الوجود فى المستقبل :

بقى أن نطبق معايير الغرر المتقدمة على الحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة بيع الشىء غير محقق الوجود فى المستقبل .

فاللبن فى الضرع ، والحمل فى بطن الحيوان ، والسمك فى البحر ، والطير فى السماء ، كل هذا له خطر المعدوم ، إذ هو غير محقق الوجود فى المستقبل.

فقد يكون الضرع منتفخاً لورم ، وقد يولد الحمل ميتا ، وقد لا يخرج فى الشبكة شيء من السمك أو يخرج شيء قليل أو شيء كثير ، وقد لا يقع الطير عند الصيد أو يقع منه شيء قليل أو شيء كثير . فإذا اشترى المشترى شيئاً من ذلك جزافا ، على أنه قد يوجد وقد لا يوجد ، وقد اشترى فى الحالتين بثمن معين ، فهذا عقد احتمالى ينطوى على كثير من الغرر ، إذ يغبن فيه المشترى إذا لم يوجد المبيع ، ويكون هو الغابن إذا وجد المبيع على الوجه الذى يرجوه . فهو ضرب من المقامرة ، ومن ثم لا يجوز .

أما إذا اشترى المشترى بسعر الوحدة ، أو اشترى الشيء بحسب الكيل أو الوزن أو نحو ذلك ، فأنه يكون قد اشترى المبيع معلقاً على شرط الوجود ، ولا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فإذا أجزنا التعليق فى هذه الحالة وينبغى أن يجوز ، فإن الغرر يكون حينئذ منتفيا أو هو غرر يسير ليس من شأنه أن يؤثر فى صحة العقد . ومادام المبيع قد وصف على نحو يجعله منضبطا ، فإن وجد على الوصف فلا غبن على المشترى ولا غرر ، وان لم يوجد أو وجد على غير الوصف فالبيع باطل .

من ذلك لا نرى ما يمنع — من ناحية الأصل الذى قام عليه بيع المعدوم فى الفقه الإسلامى وهو الغرر ، ومن ناحية التطبيق الصحيح لمعايير الغرر التى تقدم ذكرها — من التميز فى الفقه الإسلامى بين فروض ثلاثة :

١ — التعامل فى التركات المستقبلة ، ويكون باطلا لما يقع فيه عادة من الغبن والغرر .

٢ — التعامل فيما هو غير محقق الوجود فى المستقبل غير التركات المستقبلة ، إذا كان التعامل احتماليا جزافا ، ويكون باطلا أيضا لما يقع فيه من الغبن والغرر .

٣ — أما إذا كان التعامل غير جزاف ، بل أن المشترى لا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فلا غبن فى ذلك ولا غرر ، ومن ثم ينبغى أن يكون البيع صحيحا . ومن باب أولى ينبغى أن يكون البيع صحيحاً

فيما هو محقق الوجود فى المستقبل إذا كان التعامل فيه غير جزاف على هذا النحو ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

المطلب الثانى

المحل ممكن

القدرة على التسليم — النصوص :

إمكان المحل فى الفقه الإسلامى هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد . ونورد نصوص الفقه الإسلامى فى ذلك ، نقلا عن البدائع (جزء ٥ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .

« ومنها (شرائط الانعقاد) أن يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد . فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له كبيع الآبق ، فى جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطى . فإن لم يتراضيا ، وامتنع البائع من التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشترى من القبض ، لا يجبر على القبض ... بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ . لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك ، فهو الفرق . بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ، لأن هناك المالك قادر على التسليم

---

(١) وهذه الحلول المستساغة هى التى وصل إليها التقنين المدنى العراقى . فقد نصت المادة ١٢٩ من هذا التقنين على ما يأتى :

« ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول فى المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر » .

« ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل » .

بقدرة السلطان والقاضى وجماعة المسلمين ، إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ ، بخلاف الآبق لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه ، فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة ، فلا ينعقد مع الاحتمال ، فأشبه بيع الآبق بيع الطير الذى لم يوجد فى الهواء ، وبيع السمك الذى لم يوجد فى الماء، وذلك باطل كذا هذا . ولو جاء إنسان إلى مولى العبد ، فقال إن عبدك عند فلان فبعه منى وأنا أقبضه منه ، فصدق وباعه منه ، لا ينفذ لما فيه من عدم القدرة على القبض ، لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ ، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتة فى زعم المشترى، إلا أن احتمال المنع قائم ، فانعقد موقوفا على قبضه ، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينعقد . بخلاف الفصل الأول ، لأن العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد . ولو أخذه رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه ، جاز الشراء ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد فى حقه . ... وعلى هذا بيع الطائر الذى كان فى يده وطار أنه لا ينعقد فى ظاهر الرواية... وعلى هذا بيع السمكة التى أخذها ثم ألقاها فى حظيرة ... إن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد . وإن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف، لأنه مقدور التسليم ... وعلى هذا يخرج بيع اللبن فى الضرع لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيئا فشيئا ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما ، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد . وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم فى ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما ، فصار معجوز التسليم بالجز والنتف إستخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد . وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم . وروى عن أبى يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه لأنه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل فى الأرض . ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من

أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل . ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين أما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم فى حق البائع. ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضا ، لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطا فاسدا فيفسد البيع . ويجوز بيعه ممن عليه ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم ههنا . ونظيره بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب ، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك . ولا يجوز بيع المسلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض » .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويؤخذ من النصوص المتقدمة أن الاستحالة فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، تجعل العقد باطلا . فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع . ويبدو أن الفقه الإسلامى يميز ، بمعاييره الخاصة ، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، فالأولى دون الثانية هى التى تجعل العقد باطلا . ويبدو كذلك أن الفقه الإسلامى أيسر من الفقه الغربى فى تصور الاستحالة المطلقة. فإباق العبد يجعل تسليمه مستحيلا استحالة مطلقة ، لأنه معجوز التسليم على الأطلاق ، فالبيع باطل . لكن إذا جاء إنسان إلى مولى العبد فقال إن عبدك عند فلان فبعه منى وأنا أقبضه منه ، فهنا الاستحالة نسبية لأن القدرة على القبض ثابتة فى زعم المشترى ، ومن ثم ينعقد العقد موقوفا على القبض . ولا يكون التسليم مستحيلا أصلا ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لو أخذ المشترى العبد الآبق ثم اشتراه ، وينعقد العقد نافذا فى الحال لأنه مقدور التسليم . وكذلك تسليم المغصوب من غير الغاصب ، إذا ثبت الغصب ، غير مستحيل أصلا ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لأن المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضى وجماعة المسلمين ، فينعقد العقد ، إلا أنه لا ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ.

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذى كان فى يده وطار ، وبيع السمك التى أخذها ثم ألقاها فى حظيرة إذا كان لا يمكنه أخذها دون الاصطياد ، أما إذا كان يمكنه أخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بلا خلاف لأنه معذور التسليم . وكذلك بيع اللبن فى الضرع — وهو أيضاً باطل للغرر كما قدمنا — وبيع الصوف على ظهر الغنم لأن الموجود يختلط بالحادث ، ويفارق بيع أغصان الشجرة لأن النمو فى أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشترى ، وأما النمو فى الصوف فيكون من أصله وذلك يتبين فيما إذا كان حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحصوب يكون على رأسه لا فى أصله (أنظر المبسوط ١٢ ص ١٩٤) . وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين إما مال حكمى فى الذمة أو هو فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم ، فإذا كان التسليم لا حاجة إليه كما فى بيع الدين ممن عليه الدين جاز البيع . فى كل هذه الفروض وأمثالها يكون البيع باطلا للاستحالة المطلقة .

ويميز الفقه الإسلامى — كما يميز الفقه الغربى — بين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة وقت العقد ، وهذا هو الذى يجعل العقد باطلا ، وبين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قد جدت بعد العقد ، فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم . فإذا أبق العبد بعد البيع وقبل القبض انعقد البيع ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها ، فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك .

ويجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر :

ويذهب الفقه الإسلامى إلى مدى أبعد من الفقه الغربى فى تحديد معنى الاستحالة ، إذ هو يتوسع كثيرا فى هذا المعنى . فحتى يكون التسليم ممكناً ويصح البيع ، لا يكفى أن يكون المبيع مقدور التسليم ، بل يجب أيضاً أن

يكون مقدور التسليم من غير ضرر . فإن كان هناك ضرر فى تسليمه كان البيع فاسداً ، ويصح إذا رضى البائع بالضرر وسلم المبيع. فمجرد وجود ضرر فى التسليم – ولا يصل هذا إلى حد الإستحالة طبعاً – يكفى لإفساد البيع ، أما الاستحالة المطلقة فتجعل البيع باطلا ولا تقتصر على إفساده كما قدمنا .

وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨) تفصيلا لما تقدم : « فإن لم يمكن تسليمه (أى تسليم البيع) إلا بضرر يلزمه (أى يلزم البائع) فالبيع فاسد ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه ، فأما ما وراءه فلا . وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعا له فى سقف أو آجرا له فى حائط ، أو ذراعا فى ديباج أو كرباس ، أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد ، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسداً . فإن نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشترى قبل أن يفسخ المشترى البيع ، جاز البيع حتى يجبر المشترى على الأخذ ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم ، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع . ولزم فرق بين هذا وبين بيع الألية فى الشاة الحية والنوى فى الثمر والزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة والبزر فى البطيخ ونحوها انه لا ينعقد أصلا حتى لو سلم لم يجز ، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم . والأصل المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل ، وما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد إلا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز . . . وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما فى أرض لهما حق الترك فيها إلى وقت الإدراك ، فباع أحدهما نصيبه قبل الإداك لم يجز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ، ولو باع بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر . وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك ، فباع بعض الزرع ، لم يجز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع الكل وفيه ضرر ، ولو كان بعد الإدراك جاز

لانعدام الضرر . وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة ، أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض ، أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجز ، إنه يجوز ، لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر . »(١)

---

(١) وقد سار التقنين المدنى العراقى — وهو مأخوذ من الفقه الاسلامى فى هذه المسائل — على هذا النهج ، فقرب مابين الفقه الاسلامى والفقه الغربى . نصت المادة ١٢٦ من هذا التقنين على مايأتى : «لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلا لحكمه . ويصح أن يكون المحل مالا ، عينا كان أو دينا أو منفعة ، أو أى حق مالى آخر ، كما يصح أن يكون عملا أو امتناعا عن عمل» . ونصت المادة ١٢٧ على مايأتى : « ١ — إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا . ٢ — أما إذا كان مستحيلا على المدين ، دون أن تكون الاستحالة فى ذاتها مطلقة ، صح العقد ، وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده » .

الفرع الثانى

المحل معين أو قابل للتعيين

المبحث الأول

تعيين المحل أو قابليته للتعيين فى الفقه الغربى

نصوص التقنينات المدنية العربية :

نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ - إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، إلا كان العقد باطلا » .

« ٢ - ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط . »

ونصت المادة ١٣٤ من التقنين ذاته على ما يأتى :

« إذا كان محل الإلتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » .

وتطابق المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين المدنى السورى نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدنى المصرى السالفتى الذكر ، فيما عدا أن المادة ١٣٥ من التقنين المدنى السورى أضيف فى آخرها العبارة الآتية :

« مالم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبى » .

وتطابق المادتان ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدنى المصرى .

ونصت المادة ١٢٨ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ — يلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد ، أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف » .

« ٢ — على أنه يكفى أن يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر . » .

« ٣ — فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم ، فالعقد باطل . » .

ونصت المادة ١٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى :

« يجب أن يعين الموضوع (المحل) تعييناً كافياً ، وأن يكون ممكناً ومباحاً » .

ونصت المادة ١٩٠ من التقنين ذاته على ما يأتى :

« يجب أن يتناول التعيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره . على أنه يكفى أن يعين نوع الشىء وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد » .

ونصوص التقنينات المدنية العربية ، كما نرى . متقاربة أو متطابقة . وهى فى مجموعها تسير على نهج الفقه الغربى ، فيما عدا التقنين المدنى العراقى فإنه يوفق كعادته ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى .

ويميز الفقه الغربى بين ما إذا كان المحل شيئا أو نقوداً أو عملا أو امتناعا عن عمل .

تعيين محل الالتزام اذا كان شيئا :

إذا كان محل الالتزام شيئا ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين إلا بالنوع .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقدين أما عن طريق معرفة سابقة ، وأما عن طريق الوصف . فإذا كانت معرفة الشيء عن طريق الوصف ، وجب أن يوصف الشيء وصفا يكون مانعا للجهالة . فإذا باع شخص أرضا ، وجب تحديد موقعها وحدودها ومساحتها . وإذا باع دارا ، وجب تحديد المكان الذى توجد فيه الدار ومساحة الأرض المقام عليها البناء وحدودها ومايشتمل عليه البناء من طوابق ومرافق . وإذا باع فرسا يملكه ، وجب تعيين نوعه وسنه ولونه وغير ذلك من الأوصاف التى تميزه عن الأفراس الأخرى .

وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات ، وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره . فيذكر مثلا أن المبيع قطن من نوع الكرنك ومقداره مائة قنطار . فإذا لم يعين المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيينه ، كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو مدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وإذا اقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار ، دون أن تذكر درجة الجودة ، ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، وجب أن يكون الصنف متوسط الجودة ، فلا يكون جيدا حتى لا يغبن المدين ولا يكون رديئا حتى لا يغبن الدائن .

وقد يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف ، فيقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن ، أو يقوم صانع بعمل دون أن يعين الأجر . كذلك قد يترك تعيين المحل لأجنبى ، فيبيع شخص من آخر دارا بثمن يترك تقديره

الحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزما لكل من البائع والمشترى ، أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضى أن يقوم مقامه فى التقدير ويصبح الثمن غير معين فيكون البيع باطلا . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة ، فيصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

تعيين محل الالتزام اذا كان نقودا :

وإذا وقع العقد على نقود ، وجب أن تكون هى أيضا معينة بنوعها ومقدارها ، فيلتزم المدين أن يؤدى للدائن كذا جنيها مصريا أو كذا دينارا أو كذا ليرة أو كذا قرشا . ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت ، فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين .

ويجوز للمدين أن يؤدى المقدار المتفق عليه بعملة ورقية لها سعر قانونى (cours légal)، لأن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . والأمر غير ذى خطر إذا كان للعملة الورقية سعر قانونى من غير أن يكون لها سعر إلزامى ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقا يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء . أما إذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى (cours forcé) ، فإن قيمتها الاقتصادية تصبح عادة أقل من قيمتها القانونية ، وقد تنزل قيمتها الاقتصادية نزولا فاحشا تبعا لزيادة التضخم (inflation) ، ومن ثم جرت العادة ، توقيا لهذا الخطر ، أن يشترط الدائن على المدين أن يوفيه حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى «بشرط الذهب» (clause d'or) ، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وهذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن الغرض من تقرير السعر الإلزامى للعملة الورقية هو إعطاء هذه العملة قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق

والذهب فى نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد ، لأن القانون أراد أن ينعدم الفرق بين الورق والذهب حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها . (١)

تعيين محل الالتزام اذا كان عملا أو امتناعا عن عمل :

وإذا وقع العقد على عمل أو على امتناع عن عمل ، وجب أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، وجب أن يكون هذا البناء معيناً ، ويتعين عادة وفقاً « لتصميم » يضعه مهندس معمارى ، ويبين فيه شكل البناء ومساحته وارتفاعه وعدد طوابقه وما يشتمل عليه كل طابق من غرف ومرافق وابعاد كل غرفة ومساحتها ووصفها ونحو ذلك مما يتضمنه « التصميم » فى العادة . فإذا لم يكن البناء معيناً على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين ، فإذا التزم المقاول بأن يبنى مستشفى أو مدرسة فإن ظروف التعاقد وانتشار نماذج متعارف عليها للمستشفيات والمدارس يصح أن يستخلص منه العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو وماهى « مواصفاته » ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه فى حكم المعدوم ، ومن ثم يكون العقد باطلا .

وكذلك إذا تعهد شخص بالامتناع عن منافسة شخص آخر ، وجب تعيين العمل الذى يجب فيه الكف عن المنافسة وإلى أى مدى من زمان ومكان تكون المنافسة غير مشروعة . وقد يكون كل هذا قابلا للتعيين ، مستخلصاً من ظروف التعاقد . فإذا باع شخص متجراً وتعهد البائع بعدم

---

(١) وبطلان « شرط الذهب » لا يقتصر على الاتفاقات والمعاملات الداخلية ، بل يتناول أيضا الاتفاقات والمعاملات ذات الصبغة الخارجية أو الدولية . وقد قطع فى ذلك قانون صدر فى مصر — هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ — إذ ينص على أن « تبطل شروط الدفع ذهبا فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية . . . ولا يترتب عليها أى أثر . »

منافسة المشترى ، كان على البائع ألا ينافس المشترى فى السلع التى يتعامل فيها المتجر المبيع ، وإلى الحد الذى يأمن عنده المشترى ألا يتحول عملاء المتجر عنه إلى متجر جديد ينشئه البائع .

المبحث الثانى

تعيين المحل أو قابليته للتعيين فى الفقه الإسلامى

المبدأ : يتعين المحل بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة :

يمكن القول أن المبدأ فى الفقه الإسلامى هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ذلك أن المحل يجب أن يكون معلوما علما يمنع من المنازعة ، فإن كان مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد ، وإلا كان العقد صحيحاً .

كيف يحصل العلم :

يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون الشىء موجوداً فى مجلس العقد وإما أن يكون غائباً عن مجلس العقد .

(١) فإن كان موجوداً فى مجلس العقد ، يكون العلم به بالإشارة إليه ، ولو كان ذلك فى مكان مستتر كالحنطة فى الكيس والسكر فى الصندوق . هذا عند الحنفية والحنابلة .

وعند المالكية لا يصح بيع الشىء الحاضر فى مجلس العقد إلا برؤيته ، ما لم تكن فى رؤيته مشقة فيباع على الصفة . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٨٥ إلى ص ٢٨٦) : « . . . لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة . والصفة لا يباع عليها الشىء الحاضر على الأشهر ، إلا إذا كان فى رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر » .

وعند الشافعي لا يحصل العلم بالشيء إلا برؤيته ، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشيء حاضراً في المجلس أو غائباً عنه ، وسنعود إلى تفصيل هذا الرأي .

(ب) وإن كان الشيء غائباً عن مجلس العقد ، حصل العلم به بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة .

فإن كان شيئاً معيناً بالذات ، وصف بما ينفي عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً . كأن يقول بعتك جملي وليس له جمل سواه . أو بعتك داري وليس له دار سواها .

وإن كان شيئاً غير معين بالذات : فعند الحنفية يتعين بالوصف بما يرفع عنه الجهالة الفاحشة ، أي ببيان الجنس والنوع والمقدار . ولا تضر الجهالة اليسيرة ، لأن المشتري له خيار الرؤية فيما لم يره .

وعند المالكية يتعين الشيء كذلك بالوصف ، أي ببيان جنسه ونوعه ومقداره . ويجوز البيع على البرنامج ، أي على الدفتر الذي تكتب فيه صفة ما في العدل . ولكن البيع على الصفة عند المالكية لا يكون فيه خيار الرؤية ، خلافاً للحنفية فيما قدمناه . ويجوز بيع الغائب عن مجلس العقد دون وصف على أن يشترط المشتري خيار الرؤية . ويخلص من ذلك أن مذهب مالك لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية ، فأما أن يباع الشيء على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، وأما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون في حاجة إلى الوصف . وقد رأينا أن الحنفية يجمعون بين الوصف وخيار الرؤية ، فيجب الوصف في الشيء الغائب ثم يثبت فيه مع ذلك خيار الرؤية .

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف ، أي بذكر جميع الصفات التي تضبطه . ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه التغيير . فيجب إذن أن يكون الشيء معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته ، فإن اشترى ما لم يره ولم

يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفى ، لم يصح البيع .

وعند الشافعى لا يتعين الشىء إلا بالرؤية على قوله الجديد . وفى قوله القديم يتعين الشىء بذكر جميع صفاته أو بذكر صفاته المقصورة دون رؤية، وقيل يصح البيع دون وصف وللمشترى خيار الرؤية فيما لم يره .

ونستخلص من استعراض مختلف المذاهب على الوجه الذى قدمناه أن الأئمة – فيما عدا الشافعى فى قوله الجديد – يكتفون فى تعيين المحل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة ، كما هو الأمر فى الفقه الغربى .

ولما كان الفقه الإسلامى غنياً بوجه خاص فى التطبيقات ، فنورد بعضاً منها كما وردت فى النصوص .

تعيين المحل فى الأشياء المتفاوتة وفى الأشياء المتقاربة :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٥٦ – ص ١٥٨) : « إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل ، فالبيع فاسد ، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة ، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب ، فيوجب فساد البيع . فإن عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه إليه ورضى به ، جاز ، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة . . . وكذا إذا قال بعتك هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول . ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقى ، فالقياس أن يفسد البيع وفى الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق

إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا ، والحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء فيبقى الحكم فى الزيادة مردوداً إلى أصل القياس ، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشترى ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ، ولا تندفع حاجته بشراء شىء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر ، فيحتاج إلى أن يشترى أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقى ، فجوزنا ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس . وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة . . . وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشترى أو البائع بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذى فيه الخيار من الذى لا خيار فيه . . . ولو باع عددا من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمى ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة ، فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه ، فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطى . »

فهذه طائفة من التطبيقات فى تعيين المحل فى الأشياء المتفاوتة . يجب فى هذه الأشياء تعيين المحل بالذات ، ولا يكفى أن يبيع شاة غير معينة بالذات من قطيع غنم لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة ، وكذلك الأمر فى بيع ثوب من العدل ، لتفاحش التفاوت بين ثوب وثوب . ولو باع شيئين متفاوتين ، كثوبين أو عبدين أو دابتين ، وأوجب فى أحدهما — دون أن يعينه — خيار الشرط ، فقد شاعت الجهالة

المفضية إلى المنازعة فى كل من المبيعين ، إذ لا يعلم أيهما بيع بيعاً باتاً وأيهما بيع بخيار الشرط . ولو باع عددا معلوما من جملة معـــدودات متفاوتة ، كالبطيخ والرمان ، وكانت الجملة أكثر من هذا العدد ، فلا يمكن عزل ما زاد عن الجملة للتفاوت ما بين المعـدودات ، فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة .

أما بيع أحد أثواب متفاوتة تزيد على الثلاثة مع إعطاء خيار التعيين للمشترى يختار أيها شاء ، فقد كان ينبغى أن يجوز ، لأن المبيع ، ولو لم يكن معيناً ، قابل للتعيين باختيار المشترى . وصاحب البدائع نفسه يقول فى الخيار فيما لا يزيد على الثلاثة : « وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة . » وهذه العبارة تصدق تماماً على الخيار فيما يزيد على الثلاثة كما صدقت على الخيار فيما لا يزيد على ذلك .

هذا إذا كانت الأشياء متفاوتة ، أما إذا كانت متقاربة فالأمر يختلف ولا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات حتى يكون المحل معلوماً ، بل يكفى أن يكون واحداً من عدة أشياء . فأى واحد من هـذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر . فيتعين المحل بذلك وتنتفى الجهالة الفاحشة التى تفضى إلى المنازعة . وقد ورد فى البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) فى هذا المعنى : « ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصُّبرة صح ، وإن كان قفيزا من صبرة مجهولا ، لكن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة ، لأن الصُّبرة الواحدة متماثلة القفزان ، بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة ، لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب » . وكان ينبغى أن يصح البيع فى الصُّبرة كلها

بثمن معلوم جملة أو على أساس سعر القفيز ، لأن المبيع فى هذه الحالة يكون معيناً وكذلك الثمن يكون معيناً أو قابلا للتعيين . وهذا هو رأى الصاحبين، أما أبو حنيفة فعنده أن من باع صبرة كل قفيز بدرهم صح البيع فى قفيز واحد لأن ثمنه معين وهو درهم ، ولا يصح فى الباقى لأن ثمنه غير معين ويحتاج فى تعيينه إلى كيل الصبرة ، فإن كيلت فى المجلس وعين الثمن قبل تقرر الفساد صح البيع . ولا شك فى أن رأى الصاحبين هو الذى يتمشى مع الفقه الغربى على النحو الذى أوضحناه . وهو فوق ذلك الرأى الذى يتمشى مع المبدأ القاضى بأن المحل لا يلزم أن يكون معيناً ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين . ونورد هنا ما جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٥ - ص ٦) فى هذه المسألة : « ومن باع صُبرة كل صاع بدرهم ، صح فى صاع ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالا (أى الصاحبان) جاز فى الكل ، لأن المبيع معلوم بالإشارة لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع . وجهالة الثمن بأيديهما رفعها ، فيجوز . كما لو باع عبداً من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء ، بخلاف ما إذا أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلا فى شهر واحد لأن الشهور لا نهاية لها فلا تمكن إزالة الجهالة فيها فينصرف إلى الأقل . ولأبى حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد ، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به ، وما عداه مجهول فيفسد ، كما إذا باع الثوب برقمه ، بخلاف ما استشهد به لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفى تلك مقارن لأن اختياره موجود حالة التبايع . ثم إذا جاز فى قفيز واحد عنده ، يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه . ولو كاله فى المجلس ، جاز بالإجماع ، لزوال المانع قبل تقرر الفساد » . وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨ - ص ١٥٩) فى هذه المسألة أيضاً : « أما المكيلات فإن لم يسم جملتها ، بأن قال بعت منك هذه الصُبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع إلا فى قفيز منها بدرهم ، ويلزم البيع فيه عند أبى حنيفة(١) . ولا يجوز فى الباقى إلا إذا علم المشترى جملة القفزان

(١) هذا بخلاف ما قدمناه عن الزيلعى حيث يقول : « ثم إذا جاز فى قفيز واحد عنده (أى عند أبى حنيفة) يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه » .

قبل الإفتراق بأن كالها ، فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك . وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس ، تقرر الفساد . وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع فى كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، علم أو لم يعلم . . وجه قولهما . . إن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها بالكيل . . فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع ، كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً . ولأبى حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد ، كما إذا باع الشيء برقمه . ولاشك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة ، لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة . . وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم ، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع ، وعندنا إذا ارتفعت فى المجلس ينقلب العقد إلى الجواز لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد ، والبيع بوزن هذ الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبى حنيفة رحمه الله . . . ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن ، لم يذكر هذا فى الأصل ، وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يجوز ، وهو صحيح لأن المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها ، وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ، ولو سمى جملة المبيع لجاز . . (فلو) قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم ، سمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حدة أو سمى للكل ثمنا واحدا هما سواء ، فلاشك فى جواز البيع ، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة . ثم أن وجدها كما سمى ، فالأمر ماض ولا خيار للمشترى . وأن وجدها أزيد من مائة قفيز ، فالزيادة لاتسلم للمشترى بل ترد إلى البائع ، ولا يكون للمشترى إلا قدر ماسمى وهو مائة

قفيز ولا خيار له . وأن وجدها أقل من مائة قفيز ، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها . وأصل هذا أن الزيادة فيما لاضرر فى تبعيضه لاتجرى مجرى الصفة ، بل هى أصل ، فلا بد أن يقابله الثمن ، ولا ثمن للزيادة ، فلا تدخل فى البيع ، فكانت ملك البائع ، فترد إليه . والنقصان فيه نقصان الأصل لانقصان الصفة ، فإذا وجدها أنقص مما سمى ، نقص من الثمن حصة النقصان ، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له . فأوجب خللا فى الرضا ، فيثبت له خيار الترك . وكذا الجواب فى الموزونات التى ليس فى تبعيضها ضرر ، لأن الزيادة فيها لاتجرى مجرى الصفة ، بل هى أصل بنفسها ، وكذلك المعدودات المتقاربة » .

والصورة الجديدة التى أوردناها نقلا عن البدائع هى ما إذا سمى جملة الثمن وسعر الوحدة وترك المبيع جزافا تمكن معرفة مقداره من نسبة جملة الثمن إلى سعر الوحدة ، أو سمى جملة المبيع وسعر الوحدة ، أو سمى جملة المبيع وجملة الثمن : فباع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم . فى جميع هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن أو فى القليل يكون كل منهما قابلا للتعيين ، فيصح البيع إجماعا . وفى هذا يتفق الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى على النحو الذى بيناه . ولكن الفقه الإسلامى يمعن فى التحليل أمعانا يتخلف عنه فيه الفقه الغربى ، وهو فى ذلك يجرى على منطق محكم الحلقات ، وإن ضاقت به مقتضيات التعامل ، عندما يميز بين المكيلات والموزونات ، والمعدودات المتقاربة من جهة وبين المذروعات من جهة أخرى . فنى المذروعات تجرى الزيادة أو النقص مجرى الصفة لا الأصل ، إلا إذا سمى لكل وحدة من المذروع ثمنا على حدة . وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٠ — ص ١٦١) فى ذلك : « وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها ، فإن سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم

يسم لكل ذراع منها ثمنا على حدة ، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم ، فالبيع جائز ، لأن البيع وثمنه معلومان . ثم أن وجده مثل ماسمى ، لزمه الثوب بعشرة دراهم ، ولا خيار له . وأن وجده أحد عشر ذراعاً ، فالزيادة سالمة للمشترى . وأن وجده تسعة أذرع ، لايطرح من أجل النقصان شيء من الثمن ، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك . فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التى ليس فى تبعيضها ضرر والعدديات المتقاربة . ووجه الفرق أن زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفة ، كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها ، والثمن يقابل الأصل لا الصفة . والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة فى الباقى وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة ، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما ، والجودة والرداءة صفة ، والثمن يرد على الأصل دون الصفة ، إلا أن الصفة تملك للموصوف لكونها تابعة قائمة به . فإذا زاد ، صار كأنه اشتراه رديئا فإذا هو جيد ، كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطاً ، أو اشترى عبدا على أنه أعور فوجده سليم العينين ، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرا ، تسلم له ولاخيار للبائع ، كذا هذا . وإذا نقص ، صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئا ، كما إذا اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين ، أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا ، لايطرح شيئاً من الثمن . لكن يثبت له الخيار ، كذا هذا . بخلاف المكيلات والموزونات التى لاضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة ، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة ، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن ، إلا أنها ألحقت بالصفة فى المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقى وفواتها يوجب النقصان والرداءة له ، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة . وإن سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة ، بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة

أذرع كل ذراع بدرهم ، فالبيع جائز لما قلنا . ثم إن وجده مثل ماسمى ، فالأمر ماض ، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم . وإن وجده أحد عشر ذراعاً ، فهو بالخيار إن شاء أخذه كله بأحد عشر درهما وإن شاء ترك . وإن وجده تسعة أذرع ، فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه . وهذا يشكل على الأصل الذى ذكرنا أن زيادة الذرع فى المذروعات تجرى مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف ، فينبغى أن تكون الزيادة سالمة للمشترى ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئا كما فى الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ماذكرنا . وحل هذا الأشكال أن الذرع فى المذروعات إنما يجرى مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة . فأما إذا أفرد به ، فلا يجرى مجرى الصفة مطلقا ، بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه ، فمن حيث أن التبعيض فيها يوجب تعيب الباقى كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ، ومن حيث أنه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل ذراع معقودا عليه ، فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه . فمن حيث أنها صفة كانت للمشترى لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل البيع تبعا كما بينا ، ومن حيث أنها أصل لايسلم له إلا بزيادة ثمن ، اعتبارا للجهتين جميعا بقدر الإمكان . فله الخيار فى أخذ الزيادة وتركها ، لأنه لو لزمه الأخذ لامحالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عندالعقد ، واختل رضاه فوجب الخيار . وفى النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقى اعتبارا لجهة الأصالة ، وأن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه ، وأوجب خللا فى الرضا ، وذا يوجب الخيار ». (١)

هذا هو حكم المذروعات ، وله نظير فى العدديات المتفاوتة وغيرها

---

(١) أنظر فيما قدمناه من المسائل فى المذاهب الأخرى : فى مذهب مالك الحطاب ٤ ص ٢٩٦ ص ٣٠٠ — وفى مذهب الشافعى المهذب ١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٦ — وفى مذهب أحمد الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٢٩ — ص ٣٩ .

لا يتسع له المقام. ويبدهك فيما قدمناه قوة الصناعة الفقهية ، ولعل هذا المثل من الفقه الإسلامى مثل بارز فى دقة التحليل وروعة الصنعة . فقد جعل الفقهاء لزيادة و نقصان فيما لا يضره التبعيض أصلا لا وصفا ، وفيما يضره التبعيض وصفا لا أصلا . وبفضل التمييز بين الأصل والوصف ، ثم بفضل جعل الوصف عند تسمية ثمن للوحدة أصلا من جهة ووصفا من جهة أخرى ، تراهم يستخلصون حلولا دقيقة ، يتميز بعضها عن بعض ، فى سلسلة قوية الحبك من منطق منسجم ، يبهرك انسجامه ودقته ، ولكنه يبعد بك عما هو مألوف فى العمل. تلك آية على أن الفقه الإسلامى ما لبث أن أصبح من عمل الفقهاء ، وليس للقضاء فيه أثر محسوس . وقد حلق الفقهاء به فى جو من منطق سديد ، وفكر قوى ، وتمييزات دقيقة ، ولكنه صار بذلك أقرب إلى أرضاء الصناعة الفقهية منه إلى مواجهة الحياة العملية .

الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين :

ويبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معينا فعلا ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين. جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٦ — ص٨٧): « ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره ، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره . قد قيد الأناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز . وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبى حنيفة أنه لا يجوز ، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة . لكن أطلق فى المجرد جوازه ، ولابد من اعتبار القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السقائين . . . وفى جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر ، وفيه الخيار . وينبغى أن يكون هذا محمل الرواية عن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى البيع أيضا كما لا يجوز فى السلم » . فهنا نرى أن المحل لم يعين فعلا ، ولكن وضعت عناصر تعيينه فكان قابلا للتعيين ، فهو ملء أناء بعينه ، أو ملء قربة من القرب المتعارفة فى البلد مع غالب السقائين ، أو وزن حجر بعينه .

وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية فى قابلية المحل للتعيين . فقد ذكر الفقهاء أنه يجوز بيع الحمام فى البرج ولو جزافا لما فى العد من مشقة . على أن فى المسألة خلافا ، فهناك رأى يذهب إلى عدم جواز البيع إلا بالعد لما فى البيع جزافا من غرر . وعند الحنفية لا يجوز بيع الحمام فى البرج إلا بالليل ، لأن الحمام بالنهار يكون بعضه خارج البرج فلا يكون قابلا للتعيين . . فعنصر الزمان هنا ضرورى ، لأن الحمام إذا بيع جزافا لا يمكن أن يحاط به كل الإحاطة ، فلا بد من الإكتفاء بقابليته للتعيين ، ولا يكون قابلا للتعيين إلا ليلا عند ما يأوى إلى برجه . ويقول الحطاب (جزء ٤ ص ٢٨٩) فى بيع الحمام جزافا أو بالعد ما يأتى : « من سماع أصبغ من جامع البيوع عن ابن القاسم إنه أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزراً . قال ابن رشد لعبد الله بن نافع فى المدونة إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافا للغرر ، ولا يباع إلا عدداً . . وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ماروى عنه أصبغ ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع مافى البرج من حمام أو بيعه بحمامه جزافا . وحكى فى التوضيح القولين من غير ترجيح ، ورجح فى الشامل الجواز ، وهو الظاهر » . ويقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦٦) فى عدم جواز بيع الحمام فى البرج إلا بالليل مايأتى : « فى الذخيرة باع برج حمام ، فإن ليلا جاز ، ولو نهاراً فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال (١) . »

والفقه الإسلامى كالفقه الغربى لا يجيز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشترى ولا بيع الشىء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلا للتعيين .

---

(١) ثم يقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦٦) : « والظاهر أنه مبنى على ظاهر الرواية ، تأمل . وفيه ألغز بعضهم فقال :

يا إماما فى فقه نعمان أضحى ... حائز السبق مفردا لايجارى
أى بيت يجوز بيعك إيا ... ه بليل ولايجوز نهـارا

ويذهب الفقه الإسلامى فى وجوب تعيين المحل إلى مدى أبعد من الفقه الغربى ، فلا يجيز ، كما يجيز الفقه الغربى ، أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبى ولا يعتبر الثمن فى هذه الحالة قابلا للتعيين بتقدير الحكم ، بل يعتبره مجهولا جهالة فاحشة فلا يصح البيع . ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) فى هذه المسائل ما يأتى : «ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد ، لأنه جعل ثمنه قيمته، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين، فكان الثمن مجهولا ... وكذا إذا باع بحكم المشترى أو بحكم فلان ، لأنه لا يدرى بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا » .

والظاهر أنه وإن اتفق الفقه الإسلامى والفقه الغربى من حيث المبدأ فى وجوب تعيين المحل ، إلا أن الفقه الإسلامى ، من حيث التطبيق ، يتطلب قدراً من التعيين أكبر من القدر الذى يتطلبه الفقه الغربى . ويرجع ذلك إلى فكرة الغرر ، فالفقه الإسلامى يتوقى الغرر ما استطاع ويتجنب مظانه ، فإذا لم يكن المحل معيناً تعيينا واضحاً لا يتطرق إليه أى احتمال ، خيف على الصفقة من الغرر ، وفسد العقد . ونأتى بمثالين من الفقه الإسلامى ، فى أحدهما يجب اعتبار المحل قابلا للتعيين من وجهة نظر الفقه الغربى ومع ذلك يفسد العقد فى الفقه الإسلامى لجهالة المحل . وفى الثانى يجب اعتبار المحل من وجهة نظر الفقه الغربى لا قابلا للتعيين فحسب بل معيناً فعلا ومع ذلك تختلف فيه الأقوال فى الفقه الإسلامى فيرى بعض الفقهاء أن المحل مجهول والعقد فاسد :

جاء فى المهذب (جزء ١ ص٢٦٦) : « ولا يجوز (البيع) إلا بثمن معلوم القدر . فإن باع بثمن مجهول ، كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك ، فالبيع باطل ، لأنه عوض فى البيع فلم يجز مع الجهل بقدره » . وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص١٥٨) : «ولو باع شيئاً بربح . . ولم يعلم المشترى رأس ماله ، فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع ، هكذا روى ابن رستم عن محمد ، لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا ،

وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . فإذا علم ورضى به، جاز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد ، وقد زالت فى المجلس وله حكم حالة العقد ، فصار كأنه كان معلوما عند العقد . وأن لم يعلم به حتى إذ افترقا ، تقرر الفساد .. وكذا إذا باع الشىء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشترى رقمه ورأس ماله ، فهو كما إذا باع شيئا بربح . . ولم يعلم ما اشترى به». فهنا بيعت السلعة برقمها أو برأس مالها أو بربح معلوم يضاف إلى رأس مالها أو بما باع به فلان سلعته ، والمشترى يجهل رقم السلعة أو رأس المال أو الثمن الذى باع به فلان سلعته، ولكن كل ذلك يمكن العلم به. فى جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه الغربى أن الثمن وإن لم يكن معيناً ، قابل للتعيين ، ومن ثم يكون البيع صحيحاً . أما الفقه الإسلامى ، فهاهو يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن ، وكأنه لا يكتفى بأن يكون الثمن قابلا للتعيين ، بل يشترط أن يكون معلوما من المشترى حال قيام مجلس العقد .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) . وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع . فالبيع فاسد . وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لى من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا الفخذ . على قياس قول أبى حنيفة فى السلم وعلى قياس قولهما يجوز ، وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز » . فهنا بيع الشىء ، وقد عين جنسه ، ومقداره ، وثمنه ، والموضع من الشاة الذى يؤخذ منه جنباً كان أو فخذاً . وهذا كاف فى الفقه الغربى لاعتبار الشىء معيناً ، فقد رأينا فى هذا الفقه أن الشىء غير المعين بالذات يتعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره . أما فى الفقه الإسلامى ، فهانحن نرى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه ، وإذا كان الصاحبان يقولان بجواز البيع فى هذه الحالة ، فأبو حنيفة يقول بعدم الجواز لجهالة المبيع .

تعيين المحل اذا كان نقودا :

وفى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، إذا وقع العقد على نقود ،

وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها . ويذكرون فى الفقه الإسلامى أنه إذا أطلق الثمن عن ذكر الصفة ، انصرف إلى المتعارف من نقد البلد . فإذا تعددت العملات فى البلد الواحد ، وتساوت فى الرواج مع التفاوت فى المالية ، ولم يعين العقد أحداها ، كانت هناك جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد . أما إذا اختلفت فى الرواج ، سواء اختلفت فى المالية ، فالعقد صحيح أو اتحدت ويصرف إلى الأروج . وكذلك إذا تساوت فى المالية والرواج معاً ، صح العقد ، ويؤدى من أيها شاء المدين إذ لا فضل لإحداها . وقد جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٤ – ص ٨٥) فى هذه المسألة ما يأتى : « ومن أطلق الثمن فى البيع ، أى أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد ، بأن قال عشرة دراهم مثلا ، انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه . . . . فإن كانت النقود مختلفة المالية ، كالذهب الأشرفى والناصرى بمصر ، لكنها فى الرواج سواء ، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر ، لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج ، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية ، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، لأن المشترى يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى ، فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره . وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً ، فالبيع صحيح ، ويصرف إلى الأروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة . وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج ، يصح البيع ، ويؤدى من أيها شاء ، لأنه لا فضل لأحدها . فلو طلب البائع أحدها بعينه ، كان للمشترى أن يعطيه من الصنف الآخر ، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشترى مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت . وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين ، حتى لو أراه درهما اشترى به ، فباعه ، ثم حبسه وأعطاه درهما آخر ، جاز ، يعنى إذا كانا متحدى المالية » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٥) : « ومطلقه على النقد الغالب ، أى

مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد . ومراده من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره ، بأن قال عشرة دراهم مثلا . فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به فى بلده ، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ، لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه . قال وإن اختلفت النقود ، فسد أن لم يبين ، وهذا إذا كان الكل فى الرواج سواء وفى المالية مختلفة ، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان . فإن كانت فى الرواج مختلفة ؛ ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا . وإن كانت فى المالية سواء جاز البيع كيفما كان ، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا . وإن كانت فى الرواج سواء ، كالأحادى والثنائى والثلاثى ، جاز ، لأن مالية كل واحد سواء ، غير أن الأول كل واحد منه درهم والثانى كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم . ونظيره الكاملى والعادلى والظاهرى والمنصورى والناصرى اليوم بمصر . فإذا اشترى بدراهم معلومة ، فأعطى من أيها شاء ، جاز ، لأنه لا منازعة فيها ولا اختلاف فى المالية » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨) : « قال فى كتاب الصرف من المدونة : ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين بدينار ، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها ، فله نقد البلد . فإذا كان نقد البلد فى الدنانير مختلفاً ، فلا صرف بينهما ، إلا أن يسميا الدنانير انتهى . وقال اللخمى إذا صرف دراهم بدنانير ، أو باعه سلعة بدنانير ، والدنانير التى يتصرف بها فى البلد بين الناس مختلفة السكك . كان ذلك فاسداً ، إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما يتصرفون به منها وغيره نادر قليل ، فيجوز ، ويحملان على الغالب انتهى . وذكر البرزلى فيما تعددت السكك وكان الغالب أحدهما قولين . قال وظاهر المدونة فى كتاب الأكرية الجواز ، ويحمل على الغالب انتهى . ونص ما فى أكرية الدور منها : ومن اكترى داراً بدنانير ،

ولم يصفها ، والنقد مختلف . فإن عرف لنقد الكراء سكة قضى بها ، وإلا فسخ الكراء ، وعليه فيما سكن كراء مثله . قال أبو الحسن قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة . قلت وهذا إذا اختلفت السكك فى النفاق ، وأما إذا استوت فى النفاق . فإن ذلك جائز ، ويجبر البائع على أن يقبض ماجاء به المشترى . قال ابن رشد فى آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع : البلد الذى تجوز فيه جميع السكك جوازا واحداً لا فضل لبعضها على بعض ، ليس من ابتاع فيه شيئا أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه . كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة ، فليس عليه أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية . وكما أن البلد الذى تجرى فيه جميع السكك ولاتجوز فيه بجواز واحد ، لايجوز البيع فيه حتى يسمى بأى سكة يبتاع ، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً » .

هذه هى مشكلات النقد والعملة فى تلك الأزمنة السالفة . تناولها الفقهاء بالتحليل كما نرى . وغنى عن البيان أنه لم يكن هنـــاك فى تلك الأزمنة عملة ورقية ذات سعر قانونى أو ذات سعر إلزامى يثار فيها من المشاكل ما أثير فى العصر الحاضر .

تعيين المحل إذا كان عملا :

وإذا وقع العقد على عمل ، وجب فى الفقه الإسلامى كما فى الفقه الغربى ، أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلا للتعيين . ونكتفى هنا بعقدين يقع كل منهما على العمل : عقد الأجير المشترك وعقد الاستصناع .

ففى عقد الأجير المشترك يجب بيان العمل الذى يستؤجر فيه الصناع والعمال ، وهذا هو محل الالتزام ، فلا بد أن يكون معلوما علما نافياً للجهالة الفاحشة ، وإلا فسد العقد . جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٨٤) : « ومنها بيان العمل فى استئجار الصناع والعمال لان جهالة العمل فى الاستئجار على

الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك ، لم يجز العقد . وكذا بيان المعمول فيه فى الأجـــير المشترك ، أما بالأشارة والتعيين ، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة فى ثوب القصارة والخياطة ، وبيان الجنس والقدر فى إجارة الراعى من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها ، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول . وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً ، أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها ، لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة ، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوما . وهل يشترط فيه بيان المدة ؟ أما فى استئجار الراعى المشترك فيشترط، لان قدر المعقود عليه لايصير معلوما بدونه ، وأما فى استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط ، حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثوابا معلومة ليخيطها أو ليقصرها ، جاز من غير بيان المدة ، لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه» .

أما الاستصناع فيلحقه الفقهاء عادة بالبيع ، ويجعلون المعقود عليه فيه العين دون العمل ، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول أن المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل . والواقع أن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع ، وشبها بالبيع من حيث أن المقصود منه هو العين المستصنع . ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل ، ومحل الاستصناع هو المستصنع وهو يجمع بين العين والعمل ، فلا بد أن يكون المستصنع إذن معلوما علما نافياً للجهالة الفاحشة ، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، وإلا فسد العقد . جاء فى شرح العناية للبابرتى (هامش فتح القدير ٥ ص٣٥٥ – ص٣٥٦): «والمعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز. وفيه نفى لقول أبى سعيد البردعى فإنه يقول المعقود عليه هو العمل ، لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل ، وعورض بأنه لوكان بيعاً لما بطل

بموت أحد المتعاقدين، لكنه يبطل بموت أحدهما ، ذكره فى جامع قاضيخان. وأجيب بأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل ، وشبها بالبيع من حيث أن المقصود منه هو العين المستصنع » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٠٩) : « وأما شرائط جوازه (أى الاستصناع) فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته» . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى بيع المعدوم .

فإذا عرفنا ما هو النظام العام والآداب ، أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر ، حتى عند انعدام النص ، ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يكون محلا للتعاقد . فما هو المقصود إذن بالنظام العام والآداب ؟

النظام العام والآداب :

تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد . وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت الفكرة الفردية لأن هذه الفكرة تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة فى شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفا ، ولا تكبح جماحه إذا كان قويا ، فإذا ما تغلبت الفكرة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعى ، اتسعت دائرة النظام العام وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف من القوى ، بل هى تحمى الضعيف ضد نفسه . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد ما هو « النظام العام » تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام أمر نسبى ، وكل ما يستطاع هو وضع معيار مرن ، هو معيار « المصلحة العامة التى تتعلق بنظام المجتمع الأعلى » ، وتطبيق هذا المعيار فى حضارة معينة يؤدى إلى نتائج غير التى نصل إليها فى حضارة أخرى .

والآداب ، فى أمة معينة ، وفى جيل معين ، هى مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة ، والعادات المتأصلة ، وما جرى به العرف ، وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير فى تكييفه ، وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقى . ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين

والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل فى الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الألهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توحد الناموس الأدبى الذى تخضع الناس له ، ولو لم ينص القانون على ذلك . ومعيار الآداب ـ أو « الناموس الأدبى » ـ ليس معياراً ذاتيا يرجع فيه كل شخص إلى نفسه وإلى تقديره الذاتى ، بل هو معيار موضوعى اجتماعى يرجع فيه الشخص إلى ما تواضع عليه الناس . وهو فى الوقت ذاته معيار نسبى غير ثابت ، يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالربا والتأمين على الحياة والوساطة فى الزواج والعرى ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك ، على النقيض من ذلك ، أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالرق وإدخال المهربات فى بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك وفى العصر الواحد، يختلف الناموس الأدبى من بلد إلى بلد ، فالحجاب وتعدد الزوجات يختلف النظر إليها فى الشرق عنه فى الغرب .

وترى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجيل والبيئة ، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب . ونحن فى العصر الحاضر نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرد بالعوامل الخلقية حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون

(socialisation et moralisation du droit)

على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور ، هما :

أولا : فكرة « المعيار » ، فمعيار النظام العام هو « المصلحة العامة التى

تتعلق بنظام المجتمع الأعلى » ، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبي » - وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

ثانياً : فكرة « النسبية » . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب ألا فى أمة معينة وفى جيل معين .

ونحاول أن نحدد دائرة النظام العام والآداب فى بيئتنا الحالية وعصرنا الحاضر ، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام وأخرى تخالف الآداب (١).

المطلب الأول

إتفاقات تخالف النظام العام

روابط القانون العام وروابط القانون الخاص :

لا ينحصر النظام العام فى دائرة روابط القانون العام ، فالنظام العام يتناول دون شك روابط القانون العام وروابط القانون الخاص على السواء. وهو فى روابط القانون الخاص ، لا يقتصر على روابط الأحوال الشخصية بل يتناول أيضاً روابط المعاملات المالية .

§ ١ — روابط القانون العام

أنواع هذه الروابط:

ينظم القانون العام علاقة الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . ففروع القانون العام هى إذن القانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى والنظام القضائى والقانون الجنائى .

---

(١) أنظر فيما قدمناه وفيما يلى عن النظام العام والآداب وعن صلاحية المحل للتعامل فيه الوسيط الجزء الأول ص ٣٩٧ — ص ٤١٣ .

والروابط التى تنظمها هـذه القوانين هى من النظام العام ، إذ الهدف فيها هو تحقيق « المصلحة العامة التى تتعلق بنظام المجتمع الأعلى » ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على مايتعارض مع هذه المصلحة تحقيقا لمصالحهم الفردية .

ونستعرض أمثلة على ذلك تتعلق : (١) بالقواعد الدستورية والحريات العامة (٢) وبالنظم الادارية والمالية (٣) وبالنظام القضائى (٤) وبالقوانين الجنائية .

القواعد الدستورية والحريات العامة :

تشكيل المجالس النيابية وطرق القيام بأعمالها ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، ولايجوز الاتفاق على مايعارضه . فلا يجوز لمرشح أن يتعهد لمرشح آخر ألا يرشح نفسه ، سواء كان هذا التعهد بمقابل أو بغير مقابل . ولا يجوز لناخب أن يتعهد لمرشح بأعطائه صوته ، ويكون هذا التعهد إذا وقع باطلا لمخالفته للنظام العام . ولايجوز لنائب فى هيئة تشريعية أن يتعهـــد بالنزول عن عضويته فى هذه الهيئة لمصلحة شخص آخر ، ولا أن يقيد نفسه باتفاق على أن يصوت لرأى معين .

والحريات العامة ، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمة النفس والحرمة الأدبية وحرية الدين والاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية العمل والتجارة هى أيضا من النظام العام .

فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية . وتطبيقا لهذا المبدأ قضت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدنى المصرى بأنه لا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدوم ، « فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقـــد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » .

وللنفس حرمة لايجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بموجبه شخص أن يعرض سلامته لخطر لاتوجبه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة ، وإن كان هناك ميل فى الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فيما يتعلق بالالعاب الرياضية ولو كانت عنيفة ، كالملاكمة والمصارعة ، لانتشار هذه الالعاب ورضاء الرأى العام عنها .

وكرمة النفس الحرمة الأدبية لايجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبى فى ادخال مايراه من التعديل فيما ألفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية فى مؤلفه .

ويبطل كل اتفاق يقيد من حرية الشخص فى اعتناق الدين الذى يختاره ، وكذلك كل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق فى أن يجتمع مع غيره فى هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات مادام الغرض الذى تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعا . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ فى حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق فى الانضمام إلى النقابة التى يختارها ، وهو حر كذلك فى ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بموجبه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضما إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما فى أن يبقى بعيداً عن النقابات .

ولكل شخص الحرية فى اختيار العمل الذى يتخذه حرفة له وفى القيام بما يشاء من أنواع التجارة ، ولايجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . فإذا تعهد شخص بألا يعمل فى تجارة معينة أو بألا يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته فى التجارة والعمل ، وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء فى فرنسا وفى مصر يبطل

القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقا غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة فى مكان معين ، كان التعهد صحيحاً . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار فى الصحة والبطلان أن يتقيد المتعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولا لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقا من كل قيد فى الزمان أو فى المكان ، ويكون التعهد باطلا إذا مازاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً فى الزمان وفى المكان . فالعبرة إذن ليست بتقييد التعهد بل بكونه لازماً للحماية المشروعة . وتطبيقاً لهذا المعيار نصت المادة ٦٨٦ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان العمل الموكول إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك فى أى مشروع يقوم بمنافسته . »

« ٢ – غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتى :

(ا) أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد .

(ب) أن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة . »

« ٣ – ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد » .

وكذلك نصت المادة ٦٨٧ على ما يأتى : « إذا اتفق على شرط جزائى

فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة، وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها، كان هذا الشرط باطلا، وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى جملته».

النظم الإدارية والمالية:

والنظم الإدارية والمالية هى أيضاً تحقق مصلحة عامة، فهى من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع هذه المصلحة.

فلا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر، ولا أن يتعهد له بأن يستقيل من وظيفته. وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، كأن يتعاقد على شىء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً، يكون عقداً باطلا لمخالفته للنظام العام. وليس الأمر مقصوراً على الموظف، فكل وسيط يبذل وساطته فى نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة فى الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة، إنما يقوم بعمل غير مشروع، ويكون تعاقده باطلا، فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على امتياز من الحكومة يكون اتفاقاً باطلا لمخالفته للنظام العام.

كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه. بل أن هناك من المهن، كالطب والمحاماة، ما ينظم تنظيما إدارياً، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة. فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم، فى مقابل جعل. ولا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكليه

ويؤجر الوسيط على وساطته، ولا أن يأخذ فى مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه فإن هذا ضرب من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل.

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام، وإن شرط الدفع بالذهب باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء.

النظام القضائى :

تحديد اختصاص المحاكم، فيما عدا الاختصاص المحلى، يعتبر من النظام العام. ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعى، فيرفعوا قضية من اختصاص القضاء الإدارى إلى القضاء المدنى، أو قضية من اختصاص المحاكم الجنائية إلى المحاكم المدنية.

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو غير ذلك قد تعتبر من النظام العام. فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة فى حكم حضورى، أو أن الاستئناف جائز فى حكم لا يقبله. ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذى يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلا للاستئناف أو للمعارضة.

القوانين الجنائية :

لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام، فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال. ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذى يلتزم بموجبه شخص بأن يتحمل عن آخر ماقد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية، والاتفاق الذى يلتزم بموجبه شخص بأن يدفع الغرامات

التى يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بموجب اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة فى القانون ، كأن يتفق البائع والمشترى – فى البيع بالتقسيط – على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

٢ – روابط القانون الخاص

الأحوال الشخصية :

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص ، وأهليته ، وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير إسمه أو النزول عن بنوته أو الصلح على شىء من ذلك. أما إذا أصبح اسم الشخص إسماً تجارياً ، فإنه يكون مالا فيجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام ، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

وعلاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة. مثل ذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ عن عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته فى الطاعة والأمانة الزوجية ، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه فى الطلاق ، أما إذا تعهد الزوج بتعويض

زوجته إذا طلقها فليس فى ذلك مخالفة للنظام العام ، لكن ينتفى الالتزام بهذا التعهد إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك ، ومن ثم يكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق بفعل الزوج . كذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلا . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة مابين الأصول والفروع والنفقة مابين ذوى الأرحام تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز نزول الشخص مقدما عن حقه فى مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

المعاملات المالية :

من روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة ، فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى فى البلاد ، فهى تارة تفسح المجال للنشاط الفردى ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التى تكفل حماية حسن النية ، والحماية من الغش والخطأ .

فمن الأسس التى تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى مصرى) لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون فى

صدد عقود الأذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الأعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ مدنى مصرى) ، وما قرره من أبطال العقد أو أنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى مصرى)، وما قرره من أنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدنى مصرى) ، وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى مصرى) ، وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م ٢٢٧ مدنى مصرى) .

ومن الأحكام التى تحمى حسن النية وتحمى من الغش والخطأ القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشترى على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشترى ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على نزوله مقدما عن الطعن فى تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البولصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئوليته عن الغش الذى يصدر منه . ولا يجوز الأعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الاعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

اتفاقات تخالف الآداب

العلاقات الجنسية :

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب. فيكون باطلا التعهد الذى يلتزم بموجبه رجل أن يؤجر امرأة فى مقابل استمرار هذه العلاقة ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذى يتعهد الرجل بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب المرأة من ضرر من جراء العلاقة الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعى .

بيوت العهارة:

كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت أعدت للعهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فبيع بيت أعد للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا على خدمته ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدارته . كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب .

وتكون هذه العقود باطلة أيضا ، حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدور العقد ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ولكن بطلان العقد يكون فى هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

المقامرة والرهان :

تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ١ - يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ - ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق » وتنص المادة ٧٤٠ من التقنين ذاته على أنه « ١ - يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه . ٢ - ويستثنى أيضا مارخص فيه قانونا من أوراق النصيب » .

ويعد باطلا أيضا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل مايقع عليه

من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها مادام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت العهارة .

أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب :

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه فى مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر لذلك .

ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الأمانة فى التعامل . فإذا اتفق مدير مصنع مع أحد المهندسين الذين يعملون فى مصنع منافس على أن يبوح له بالأسرار الفنية لهذا المصنع المنافس فى مقابل أجر ، كان الاتفاق باطلا لمخالفته للآداب . والاتفاق على الدعاية لسلعة عن طريق غش الجمهور وخديعته اتفاق يخالف الآداب ، فهو باطل . وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم مابين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون « بالهتافة » (claque) ، يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج مايعرض على المسرح ، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين والفنانين المبتدئين .

المبحث الثانى
صلاحية المحل للتعامل فيه فى الفقه الإسلامى

عدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشىء أو إلى الغرض الذى خصص له :

الفقه الإسلامى كالفقه الغربى فى ذلك ، بل أن الفقه الإسلامى أوسع بيانا وأكثر تفصيلا . فالشىء لايصلح للتعامل فيه ، فى الفقه الإسلامى ، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذى خصص له الشىء .

وهذا يفسر عدم جواز بيع الموقوف وإن صح إيجاره ، وعدم جواز بيع المسجد .

والشىء لايصلح للتعامل فيه ، فى الفقه الإسلامى ، إذا أبت طبيعة الشىء هذا التعامل . وهنا نرى الفقه الإسلامى يسهب فى البيان . فالبيع لاينعقد إلا إذا كان المبيع مالا متقوما مملوكا . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه ، وكل عقد يرد عليه يكون باطلا :

١ — غير المال تأبى طبيعته التعامل فيه ، فيبطل فيه التعامل . وكذلك المال غير المتقوم ، وهو ما كان مالا عند أهل الذمة كالخمر والخنزير ، لايجوز التعامل فيه . جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٤٤ - ص ٤٥) : « بيع ما ليس بمال عند أحد ، كالخمر والدم والميتة التى ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب ، باطل . وإن كان مالا عند البعض ، كالخمر والخنزير والميتة التى لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة ، فإن بيعت بدين فى الذمة فهو باطل ، وإن بيعت بعين فهو فاسد فى حق مايقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض ، باطل فى حق نفسها حتى لاتضمن ولاتملك

بالقبض . لأنها غير منقومة ، لما أن الشرع أمر بإهانتها ، وفى تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها ، فكان باطلا . وذلك بأن يشتريها بدين فى الذمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وإنما هى وسائل ، والمقصود تحصيلها ، فكان باطلا إهانة لها . وإن لم تكن مقصودة بأن كانت دينا فى الذمة ، كان فاسدا ، لأن المقصود تحصيل مايقابلها وفيه إعزاز له لالها ، لأن الثمن تبع لما ذكرنا والأصل هو المبيع . وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة ، صار فاسداً فى حق مايقابلها ، باطلا فى حقها . وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولدها ، وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر المطلق فى الحال لبطلان أهلية المولى بعـــد موته ، والمكاتب استحق يداً على نفسه وخرج من يد المولى . » وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٤٠ - ص ١٤٣) : « لاينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال . وكذا بيع أم الولد لانها حرة من وجه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها ، وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى أم الولد لاتباع ولاتوهب وهى حرة من الثلث ، نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقا وسماها حرة ، فلا تكون مالا على الاطلاق . ولا بيع المدبر المطلق عندنا ، وقال الشافعى عليه الرحمة بيع المدبر جائز . لأن التدبير تعليق العتق بالموت ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، فلم يكن العتق ثابتا أصلا قبل الموت ، فيجوز بيعه. ولنا... لأنه حر من وجه ، فلا يجوز بيعه كأم الولد ،والدليل على أنه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو أنه يعتق بعد الموت بالإجماع ، والحرية لابد لها من سبب ، وليس ذلك إلا الكلام السابق ، وليس هو بتحرير بعد الموت ن لأالتحرير فعل اختيارى وأنه لايتحقق من الميت ، فكان تحريراً من حين وجوده ، فكان ينبغى أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال ، إلا أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع ، ولا إجماع على التأخير من كل وجه ، فبقيت

الحرية من وجه ثابتة للحال ، فلا يكون مالا مطلقا ، فلا يجوز بيعه . . .
. . . وأما المدبر المقيد ، فهنا لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين وجوده ، لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة ، واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولا ، فكان الخطر قائما ، فكان تعليقاً ، فلم يكن إيجابا ما دام الخطر قائما ، ومتى اتصل به الموت يظهر إنه كان تحريراً من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا بيع المكاتب ، لأنه حر يدا ، فلا تثبت يد تصرف الغير عليه . . . ولا ينعقد بيع الميتة والدم ، لأنه ليس بمال . . . ولا بيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً ، فلم يكن مالا ، وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح . وأما جلد السبع والحمار والبغل ، فإن كان مدبوغا أو مذبوحا يجوز بيعه ، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً ، فكان مالا ، وإن لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه ، لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه ، فكان حكمه حكم الميتة . ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان ، لأنه نجس العين بجميع أجزائه ، وقيل أن جلده لا يحتمل الدباغ . وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة . . . . .
. . . ويجوز بيع كل ذى مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف . وأما بيع كل ذى ناب من السباع سوى الخنزير ، كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها ، فجائز عند أصحابنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز . . . ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال فى حق المسلمين ، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير . . . لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون » .

٢ — وقد يكون المال متقوما ولكنه غير مملوك ، كالسمك فى البحر والطير فى الهواء ، وهذا هو المال المباح ، ولا يجوز فى الفقه الإسلامى

التعامل فيه إلا بعد الاستيلاء عليه، كما هو الأمر فى الفقه الغربى على ماقدمنا.

جاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٤٥ – ص ٤٦): «ولا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد، لما روى إنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر، رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم. وعن أبى مسعود إنه عليه السلام قال: لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر، رواه أحمد. ولأنه باع مالم يملك. فلا يجوز. ثم هو على وجهين، فإما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ لا يجوز لما بينا. وإن أخذه ثم ألقاه فى الحظيرة، فإن كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز، لأنه باع مالا يقدر على تسليمه. وإن كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز، لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم، ويثبت للمشترى خيار الرؤية عند التسليم له، ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء، لأن السمك يتفاوت فى الماء وخارجه. وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله، بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج، على هذا التفصيل، لأنه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذاً له وملكه، بمنزلة مالو ألقاه فيه. وقيل لا يجوز، لأن هذا القدر ليس بإحراز له، فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب. وهذا الخلاف فيما إذا لم يهيء الحظيرة للاصطياد، فان هيأها له ملكه بالإجماع، فيكون على ماذكرنا من التفصيل. فإن اجتمع السمك فى الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل، لا يجوز بيعه، سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا، لأنه لم يملكه. قال والطير فى الهواء، لأنه غير مملوك له قبل الأخذ، وبعده غير مقدور التسليم. وهذا إذا كان يطير ولا يرجع، وإن كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء ثم يعود إليه، جاز بيعه، لأنه يمكن أخذه من غير حيلة. وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان فى يده أو محبوساً فى مكان يمكنه أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم.. ولو اجتمع فى أرضه الصيد، فباعه من غير أخذه، لا يجوز لأنه لم يملكه. وهذا إذا لم يهيء أرضه لذلك، فإن

هيأها له بأن حفر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ، ملكه ، لأن التهيئة أحد أسباب الملك ، ألا ترى إنه لو وضع طستاً ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه ، وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه . وفى النهاية لو دخل الصيد داره . فأغلق عليه الباب ، كان الصيد له ، ولم يحك فيه خلافاً ، وعلى قياس ماذكرناه فى الكافى فى الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ، ويجوز أن يكون فى المسألة روايتان ، وإلا فلا فرق بينهما (١) .

---

(١) ولا تختلف المذاهب الأخرى بكثير عن المذهب الحنفى فيما قدمناه . ونورد هنا بعضا من نصوص هذه المذاهب .

جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) . « الأعيان على قسمين . الأول مالا منفعة فيه أصلا . فلا يصح العقد به ولا عليه . . بل لا يصح ملكه . . ومثله البساطى بالخشاش وبعض العصافير التى لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم . . . الثانى ماله منفعة . وهو على ثلاثة أقسام . الأول ماكان جميع منافعه محرمة ، وهو كالذى لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه ، كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير ، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا . ومثله القراق بالخمر والمطربات المحرمة إلا عند من أجاز تخليل الخمر فانه سهل فى إمساكها ليخللها . . الثانى ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب والعبد والعقار وشبه ذلك قاله المازرى ، ويصح ملكه ألا أن يتعلق بتلك المنفعة حق الأدمى كالحر فإنه أحق بنفسه . أو حق لله كالمساجد والبيت الحرام ، فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه ، وقد يمنع تعلق حق الأدمى البيع دون الملك كأم الولد والمعتق إلى أجل والوقف ونحو ذلك . الثالث ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة ، قال المازرى فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام ، وفيه ترى العلماء مضطربين ، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم . فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعاً . فواضح إلحاقه بالقسم الأول . ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والأدهان وعمله صابونا والايقاد فى كل موضع ممنوع منه على المشهور وإنما فيه ايقاده فى غير المساجد وانتفاع غير الأدمى منه وذلك فى حكم التبع فامتنع بيعه . وفى أواخر كلام المازرى تمثيله لذلك بشحم الميتة قال فالمقصود الذى هو الأكل حرام . وإن كان فيه بعض المنافع محللة عند من يجيز استعمال ذلك فى بعض المواضع . قال ويلحق بهذا المعنى بياعات الغرر لأنه قد لا يحصل البيع فتصير المعاوضة على غير منتفع به ويلحق بالقسم الأول الذى لا منفعة فيه أصلا لكن ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقاً منه هذا تقديراً وتجويزاً والله أعلم . وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبعاً ، فواضح إلحاقه بالثانى ، ويمكن تمثيله بالزبيب ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر والله أعلم . وإن كانت منافعه المقصودة منها ماهو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة ، قال المازرى فهذا هو المشكل وينبغى أن يلحق بالممنوع =

عدم الصلاحية يرجع الى النظام العام والآداب :

يمكن أن نجد نظيراً ، فى الفقه الاسلامى ، لفكرة النظام العام والآداب فى الفقه الغربى ، فيما يدعى عادة « بحق الله » أو « حق الشرع » . وحق الله أو

= لأنه كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبعيضه . والتعاوض على المحرم ممنوع فنمنع الكل لاستحالة التمييز ، ولأن الباقى من المنافع يصير ثمنه مجهولا لو قدر جواز انفراده انتهى .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٦١ — ص ٢٦٢). الأعيان ضربان نجس وطاهر . فأما النجس فعلى ضربين . نجس فى نفسه ونجس بملاقاة نجاسة . فأما النجس فى نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات . . وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة فينظر فيها ، فإن كان جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه . لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة . وإن كان مائعا نظر ، فان كان مما لا يطهر كالخل والدبس لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة . وإن كان ماء ففيه وجهان أحدهما لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز بيعه كالخمر ، والثانى يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فاشبه بالثوب .. وأما الأعيان الطاهرة فضربان . ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة . فاما مالا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التى لا تصلح للاصطياد والطيور التى لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحدأة ومالا يؤكل من الغراب ، فلا يجوز بيعه ، لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له . فاخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وبذل العوض منه من السفه .. وأما مافيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه . . . ولا يجوز بيع أم الولد . . ويجوز بيع المدبر . . وفى المكاتب قولان . قال فى القديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يمنع من البيع . وقال فى الجديد لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه . ولا يجوز بيع الوقف . . . ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشموم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد والصرف ومايقتنيه الناس من العبيد والجوارى والأراضى والعقار . . . ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف فقال لا بأس يأخذون أجور أيديهم ، ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال .

وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٣٠٢) « كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه ، إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف ، وفى المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف . . . لأن الملك سبب لأطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها ، وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلا إليها ودفعا لحاجته بها كسائر ما أبيح بيعه . وسواء فى هذا ما كان =

حق الشرع فى الفقه الإسلامى لا يقل فى مداه عن دائرة النظام العام والآداب فى الفقه الغربى ، بل لعله يزيد .

وقد رأينا ، عند ما مهدنا للكلام فى العمل غير المشروع ، أن الحق نوعان : حق الله وحق العبد . فحق الله ما يتعلق به النفع من غير إختصاص

= طاهرا كالثياب والعقار وبهيمة الأنعام والخيل والطيور ، أو مختلفا فى نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التى تصلح لصيد الفهد والصقر والبازى والشاهين والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه »

وجاء فيه أيضاً (المغنى ٤ ص ٢٧٢) . « إذا باع طائرا فى الهواء لم يصح ، مملوكا أو غير مملوك . أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه ، وغير المملوك لا يجوز لعلتين : إحداهما العجز عن تسليمه ، والثانية أنه غير مملوك له . والأصل فى هذا نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وقيل فى تفسيره هو بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء ؛ ولا نعلم فى هذا خلافا ، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه ، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد ، فان قيل فالغائب فى مكان لا يقدر على تسليمه فى الحال ، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزا عن تسليمه . . ولا السمك فى الآجام . . والمعنى لا يجوز بيعه فى الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط : أحدها أن يكون مملوكا . والثانى أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته . الثالث أن يمكن اصطياده وإمساكه . . . إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك ، فحصل فيها سمك ، ملكه ، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة. ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملكه . . . ولو أعد سفينة للاصطياد كالتى يجعل فيها الضوء ويضرب صوانى الصفر ليثب السمك فيها ، كان حصوله فيها كحصوله فى شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له . . ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحا كالأرض التى على ساحل البحر يجعل إليها طريقا للماء فإذا امتلأت قطعه عنها ، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً ، ملكه بذلك لأنها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد . . ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد ، فتعلق بها صيد ، لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد فى هذه الحالة فأشبهت الأرض التى ليست معدة له . وما حصل من الصيد فى كلب انسان أو صقره أو فهده ، وكان استرسل بإرسال صاحبه فهو له ، لأنه آكد من الشبكة ، لأنه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وإرسال صاحبه . فهو كسهمه ، ولأن الله تعالى قال : فكلوا مما أمسكن عليكم . وإن استرسل بنفسه ، فحكمه حكم الصيد الحاصل فى أرض إنسان فى أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه ، فان أخذه غيره ملكه كالكلأ . وكذلك ما يحصل فى بهيمة إنسان من الحشيش فى المرعى » .

بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحق العبد ماتتعلق به مصلحة خاصة . وحق الله لايجوز فيه العفو أوالإبراء أوالصلح ، أماحق العبد فيجوز فيه كل ذلك . ونرى من هذا أن حق الله - أو حق الشرع - هو ، فى لغة الفقه الغربى ، حق يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام والآداب ، ومن ثم لايجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على مايخالفه .

وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب التى استعرضناها فى الفقه الغربى ، وإن كانت تترجم عن حضارة العصر الحاضر لما قدمنا من أن كلا من النظام العام والآداب أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجيل ، يمكن الأخذ بها دون مشقة فى الفقه الإسلامى . فلا يجوز مثلا النزول عن الحرية الشخصية فى الفقه الإسلامى ، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حراً ، فإن البيع باطل . وإذا كان الرق مباحا فى الفقه الإسلامى ، فهذه هى حضارة العصور السابقة لم ينج منها عصر واحد ، بل إن أرسطو كان يعتبر الرق قانوناً طبيعياً ، والإسلام لم يبح الرق ابتداء وإنما اقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيراً . ولا تجوز الرشوة أو الوساطة فى الوظائف العامة ، ويعد هذا عملا غير مشروع فى الفقه الإسلامى ، فالاتفاق عليه باطل . ولايجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها كما قدمنا . ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ؛ فلا يصح النزول عن البنوة ولا الصلح على النسب ، بل إن التبنى غير جائز فى الفقه الإسلامى ، ولايستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص ، ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ماللزوج من حقوق على زوجته أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها . ولا يجوز للزوج أن ينزل عن حقه فى الطلاق ، ولا للزوجة أن تنزل عن حقها فى طلب التطليق . وللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدما باختيار دين معين لهم .

ولايجوز نزول الشخص مقدما عن حقه فى مطالبة من تجب عليه النفقة

له، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها . ولا يجوز نزول الوارث عن حقه فى الميراث قبل موت المورث ، كما لا تجوز الوصية إلا فى حدود الثلث ، وقد أصبحت الآن جائزة فى هذه الحدود للوارث فى مصر والعراق . ولا يجوز كسب المال من طريق غير شريف ، ومن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر. ولا يجوز الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة ، ولا استغلال دور أعدت للمهارة أو المقامرة ،وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر .

بل أن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب فى الفقه الإسلامى ، فهى أبعد مدى منها فى الفقه الغربى ، وقد رأينا فى الفقه الإسلامى تطبيقاتها الكثيرة فى المحل المعدوم والمحل غير المعين ، وسنرى لها تطبيقات أخرى فى الشروط الفاسدة . يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً فى الفقه الإسلامى من دائرة النظام العام والآداب عما هى عليه فى الفقه الغربى : (١) فكرة الشروط الفاسدة وهى مسألة تتصل بالصناعة الفقهية (٢) وفكرة الربا وهى مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية والاجتماعية . ونستعرض الآن كلا من هاتين المسألتين ، وهما خاصتان بالفقه الإسلامى كما قدمنا .

المطلب الأول

الشروط المقترنة بالعقد

التمييز بين حالات مختلفة :

يجب التميز هنا بين حالات مختلفة يختلط بعضها ببعض فى نصوص الفقه الإسلامى ، لنستبعد الحالات التى تخرج عن نطاق موضوعنا ، ولانستبق إلا الحالة التى تعنينا وهى حالة الشروط المقترنة بالعقد . ونبدأ بنص من الفقه الإسلامى اجتمعت فيه كل هذه الحالات .

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨ — ص ١٧٤) : « ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهى أنواع . منها شرط فى وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم . . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد . . ومنها شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع إن كان من بنى آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس . فالبيع فى هذا كله فاسد ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أوخبازة . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع . . ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا . ومنها شرط الأجل فى المبيع العين والثمن العين . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة . ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلا . ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام . ولو اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فالقياس ألا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله ، وفى الإستحسان جائز » .

ونرى من هذا النص أن هناك حالات كثيرة للشرط فى الفقه الإسلامى يختلط بعضها ببعض ، ويجب التمييز فيما بينها :

١ — فهناك شرط الأجل . ويقول فى شأنه صاحب البدائع : « ومنها شرط الأجل فى المبيع العين والثمن العين ، وهو أن يضرب لتسليمها أجل ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلا ، لأنه تغيير مقتضى العقد ، لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفى وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ومجىء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك ، أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها » . والأجل غير الشرط ، فالأجل أمر محقق الحصول ، ولو لم يعرف ميعاد حصوله كهبوب الريح وموت فلان وقدوم الحاج. أما الشرط فأمر غير محقق الحصول إذا كان شرط تعليق ، أو هو أمر يقترن بالعقد إذا كان الشرط اقتران . ومن ثم نستبعد الأجل من دائرة هذا البحث .

٢ — وهناك شرط التعليق . وهو أمر غير محقق الحصول ، كما قدمنا ، يتوقف على حصوله وجود الالتزام أو زواله. مثل ذلك خيار الشرط الوارد فى النص ، فهو شرط تعليق إرادى ، ولا تتغير طبيعته إذا أقت بثلاثة أيام أو بأكثر أو بوقت غير معين أو لم يؤقت أصلا ، وإن اختلف حكمه تبعا لكل حالة . ومثل ذلك أيضا خيار النقد الوارد فى النص ، فهذا هو أيضا شرط تعليق ، وهو جائز استحسانا . وشرط التعليق هو غير شرط الاقتران فنستبعده أيضا من دائرة البحث .

٣ — وهناك شرط الإسقاط . وذلك كشرط البراءة عن العيب . ويفارق شرط الاقتران فى أنه إسقاط من مقتضى العقد، بينما شرط الإقتران زيادة فيه . ومن ثم نستبعد شرط الإسقاط أيضا من دائرة البحث .

٤ — وهناك شرط هو فى حقيقة صفة للمعقود عليه . ويقول فى شأنه صاحب البدائع : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة ، أو غلاما على أنه كاتب أو خياط ، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح

أو على أنها جياد نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة ، فالبيع جائز ، لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة ، لايتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية ، وأنها صفة غير مرغوب فيها لا على وجه التلهي . » والفرق واضح بين الشرط الذى هو فى حقيقته صفة للمعقود عليه وبين الشرط المقترن بالعقد . فصفة المعقود عليه لايتصور انقلابها أصلا ، وليست له حصة من الثمن ولو كان المشروط موجوداً وقت العقد لدخل فى المبيع من غير تسمية ، ثم أن الصفة المحضة ليست عينا . وخلاف ذلك الشرط المقترن بالعقد ، فإنه يتصور انقلابه أصلا ، وهو شىء مستقل عن العين المبيعة . هذا إلى أن الصفة تقرير أمر حال ، والشرط إنشاء أمر مستقبل (الرملى ٣ ص ٤٤٣) . من أجل ذلك نستبعد من دائرة البحث أيضا الشرط الذى هو فى حقيقته صفة للمعقود عليه .

٥ – وهناك شرط فى وجوده غرر . وهذا شرط مقترن بالعقد ، ولكننا نستبعده هو أيضاً من دائرة البحث ، لأن السبب فى إفساده للعقد إذا اقترن به هو الغرر ، وقد عرفنا أن الغرر يفسد العقد فليس فى حكم هذا الشرط شىء جديد .

ويقول صاحب البدائع فى صدد هذا الشرط : « منها شرط فى وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه للحال ، لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره ، فكان فى وجوده غرر ، فيوجب فساد البيع ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر ، والمنهى عنه فاسد »

ونرى من ذلك أن شرط الغرر هو الشرط الذى لا يمكن الوقوف عليه والتحقق من وجوده وقت العقد ، ولو أمكن التحقق بعد ذلك . وهناك

فرق بين شرط الحمل والشرط الذى هو فى حقيقته صفة فى المعقود عليه وقد تقدم ذكره . فلو اشترى جارية على أنها طباخة أو خبازة ، فالشرط هنا صفة فى الجارية لا ينفصل عنها ولا يتصور انقلابه أصلا . أما إذا اشترى الجارية على أنها حامل ، فان الحمل عين لا صفة ، ينفصل عن الجارية ، ويتصور انقلابه أصلا . قال صاحب البدائع فى هذا الصدد : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباخة أو خبازة . . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع . . لا يتصور انقلابها أصلا . . بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد فى ظاهر الرواية ، لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا ، وكون الناقة حاملا وإن كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين فى وجوده غرر ومع ذلك مجهول ، فأوجب ذلك فساد البيع » .

على أن الغرر قد يتحقق أيضاً من اشتراط صفة لا يتصور انقلابها أصلا إذا كان لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، كما لو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجىء من مكان بعيد أو كبشاً على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل ، فهذه الشروط هى أولا صفات فى المبيع لأنه لا يتصور انقلابها أصلا ، ثم هى أيضاً صفات فيها غرر لأنه لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، ثم هى أخيراً شروط محرمة كما سنرى لأنها صفات يتلهى بها عادة .

٦ — وهناك شرط محرم . وهذا شرط هو أيضاً مقترن بالعقد كالشرط الذى فى وجوده غرر ، ولكننا نستبعده معه من دائرة البحث لاتصاله اتصالا وثيقاً لا بنظرية المحل بل بنظرية السبب التى سنبحثها فيما بعد . ويجمع صاحب البدائع بين الشرط المحرم والشرط الذى فى وجوده غرر تحت إسم الشرط المحظور ، ويقول فى هذا الصدد : « ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجىء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكا على

أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله، لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه ،فصار كشرط الحبل، ولأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهى محظور . فكان هذا شرطا محظوراً فيوجب فساد البيع . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً، فشرطها فى البيع يوجب فساده . . ولو اشترى كلباً أو فهداً على أنه معلم، قال أبو يوسف يجوز البيع وهو إحدى الروايتين عن محمد، لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وهذا ليس بشرط محظور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح، فأشبه شرط الكتابة فى العبد والطبخ فى الجارية . وروى عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غرر، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن. ولو اشترى برذونا على أنه هملاج، فالبيع جائز، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير، فلم يكن فى وجوده غرر ولا حظر أيضاً. وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا على حدة، وخرجتها عليه فقلت ومنها أن يكون الشرط محظوراً فافهم».

ويبدو أن الفرق ما بين الشرط الذى هو فى حقيقته صفة للمعقود عليه والشرط الذى فى وجوده غرر والشرط المحرم هو ما يأتى: (١) الصفة ليست أصلا، ويمكن التحقق وقت العقد من وجودها . (٢) أما الشرط الذى فى وجوده غرر فهو، سواء كان صفة أو أصلا، لا يمكن التحقق وقت العقد من وجوده . (٣) أما الشرط المحرم فيمكن التحقق وقت العقد من وجوده، أصلا كان أو صفة، ولكن يقوم به معنى يجعله حراما .

٧ — وهناك أخيراً شرط يقترن بالعقد، وهو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل، وليس فى وجوده غرر، ولا هو محرم، أى ليس بالشرط

المحظور . وهذا هو الشرط الذى يعنينا هنا فنستبقيه للبحث بعد أن استبعدنا ما عداه من الشروط .

ويعرض صاحب البدائع للشرط الذى يقترن بالعقد ، ويورد المواطن التى يكون فيها هذا الشرط فاسدا ، فيقول : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع إن كان من بنى آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهرا ، أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعاً ، أو على أن يقرضه المشترى قرضاً . أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه كذا . ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قيصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجذها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها ، أو شيئا له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك . فالبيع فى هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطه فى البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وهو تفسير الربا . والبيع الذى فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما تقرره إن شاء الله تعالى » .

ونرى من هذا النص أن الشرط الذى يقترن بالعقد قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا ، فنستعرض فى قسم أول من هذا البحث الشرط الصحيح، ثم نستعرض فى القسم الثانى الشرط الفاسد .

§ ١ — الشرط الصحيح

متى يكون الشرط صحيحا :

يتبين مما قدمناه أن الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحا ، فيصح معه العقد ، إذا كان :

(ا) شرطا يقتضيه العقد .

(ب) أو شرطا يلائم العقد .

(ج) أو شرطا جرى به التعامل بين الناس .

(ا) الشرط الذي يقتضيه العقد

النصوص :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « ثم الشرط في البيع على أوجه: أما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد ، كشرط الملك للمشتري في البيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع ، فالبيع جائز ، لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيده إلا وكادة » .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده ، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع ، أو باع بشرط أن يتملك الثمن ، أو باع بشرط أن يحبس المبيع ، أو اشترى على أن يسلم المبيع ، أو اشترى جارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوبا على أن يلبسه ، أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع ، ونحو ذلك ، فالبيع جائز ، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط ، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد ، فلا توجب فساد العقد » .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥) . « ثم جملة الأمر فيه ، أي في الشرط ، أنه أما أن يقتضيه العقد ، كشرط أن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه ، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد » .

وجاء في الخرشي (جزء ٥ ص ٨٠) : « وبقي شرط يقتضيه العقد ، وهو واضح الصحة ، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع . وهو لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٦٨) : « إذا شرط فى البيع شرطا نظرت ، فإن كان شرطا يقتضيه البيع . كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد ، فلم يبطله » .

وجاء فى الشرح الكبير للمقنع (جزء ٤ ص ٤٨) : « باب الشروط فى البيع ، وهى ضربان : صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع ، كالتقابض وطول الثمن ونحوه ، فهذا لا يؤثر فيه ، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد ، فوجوده كعدمه » .

وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ماهو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض فى الحال ، فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكما ولا يؤثر فى العقد » .

صحة الشرط الذى يقتضيه العقد أمر بديهى :

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الشرط الذى يقتضيه العقد لاخلاف فى صحته . بل أن صحته أمر بديهى ، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد ، ومقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد وبيان .

فمن اشترى بشرط أن يتملك المبيع ، أو أن يتسلمه ، أو أن يتقابض فى الحال مع المتعاقد معه ، أو أن يكون له خيار المجلس عند من يقول به ، أو أن يرد بالعيب ، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع ، ومن اشترى جارية على أن تخدمه . أو دابة على أن يركبها ، أو ثوبا على أن يلبسه ، أو حنطة فى سنبلها وشرط الحصاد على البائع ، فكل من البيع والشرط صحيح لأن الشرط يقتضيه العقد .

ومن باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، أو أن يتملك الثمن ، أو أن يقبض الثمن فورا ، أو أن يكون له خيار المجلس ، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع ، فكل هذا شرط صحيح لأن العقد يقتضيه ، وكذلك البيع

صحيح ، بل أن الشرط كان لازما معمولا به دون ذكر له ، فذكره إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيد له .

(ب) الشرط الذى يلائم العقد

النصوص :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنا أو كفيلا ، والرهن معلوم ، والكفيل حاضر فقبل . وجملة الكلام فى البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو أما أن يكون معلوما أو مجهولا . فإن كان معلوما فالبيع جائز استحسانا ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا ، إلا أنا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضى العقد معنى ، فاشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا . ولو قبل المشترى المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن ، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر يجبر عليه . وجه قوله أن الرهن إذا شرط فى البيع فقد صار حقا من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه . ولنا أن الرهن عقد تبرع فى الأصل ، واشتراطه فى البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعا ، والجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجبر عليه ، ولكن يقال له أما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع ،

لأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفى من مالية الرهن وهى قيمته ، وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ، ولو امتنع المشترى من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض . وإن كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد ، لأن جواز هذا الشرط ، مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائما للعقد ، مقررا لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق فى المجهول . ولو اتفقا على تعيين رهن فى المجلس جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال ، فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لأن المجلس له حكم حالة واحدة ، وأن افترقا عن المجلس تقرر الفساد . وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشترى نقد الثمن ، جاز البيع أيضا ، لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة . وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل ، أن الكفيل إن كان حاضرا فى المجلس وقبل جاز البيع استحسانا ، وإن كان غائبا فالبيع فاسد ، وكذا إذا كان حاضرا ولم يقبل ، لأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا ، فإذا كان الكفيل غائبا أو حاضرا ولم يقبل ، لم تصح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقى الحكم على مايقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد ، لأن كفالة المجهول لاتصح . ولو كان الكفيل معينا وهو غائب ، ثم حضر وقبل الكفالة فى المجلس ، جاز البيع ، لأنه جازت الكفالة بالقبول فى المجلس ، وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد . ولو شرط المشترى على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه ، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذى لا يقتضيه العقد مفسد فى الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده ، والحوالة أبراء عن الثمن وأسقاطه فلم يكن ملائما للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ص ٢١٥) : « وكذا إذا لم يكن كذلك ، ولكن يتضمن التوثق بالثمن ، كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة ، أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية ، فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر . فأن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه ، فهو مقرر لمقتضى العقد . ولو لم يكن الكفيل حاضرا ، فحضر وقبل قبل أن يتفرقا ، جاز . فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل ، لم يجز . ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا إليه لايجوز بالاتفاق ، لأن وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلابد من حضوره العقد . بخلاف الرهن لايشترط حضرته ، لكن مالم يسلم للبائع لايثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضى العقد على ماعقدا ، وأن امتنع عن تسليمه لايجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن كان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ . وشرط الحوالة كالكفالة » .

وجاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : « وشرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة ، لأنه لاينافى وجود أصل الثمن فى ذمة المشترى ، فإن الحوالة تحويل ولايكون ذلك إلا بعد وجود الثمن فى ذمة المشترى ، بخلاف مالو شرط وجوب الثمن إبتداء على غير المشترى بالعقد فإن ذلك ينافى موجب العقد فكان مفسدا للعقد » .

وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٨٢) : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض وترك المؤلف ذكر مايقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر مالايقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبها له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وحميل وأجل ، يعنى أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور ، مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو إلى أجل معلوم أو على خيار أو نحوه (١) وليس فى ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ،

---

(١) قدمنا أن الأجل والخيار يتميزان عن الشرط المقترن بالعقد ، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة أحكامه الخاصة به .

ولا معارض له من جهة الشرع . . يصح اشتراط رهن وحميل غائبين . فأما شرط الرهن الغائب ، ففيها أنه جائز كما لو بعتها برهن ، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب . وأما على شرط حميل غائب ، ففيها أنه جائز إن كان قريب الغيبة ولم ينقد من ثمن السلعة شيئا ، ابن يونس ، وفرق بين بعد الغيبة فى الرهن والحميل ، انتهى . والفرق هو أن الحميل قد يرضى بالحمالة وقد لا يرضى ، فلذلك اشترط فيه القرب » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٣٧٥ — ص ٣٧٦) : « قال فى البيوع الفاسدة : منها وأن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز ، وعليه الثقة ورهن وحميل . وأن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليه إن امتنع ، وليس هذا من الرهن الذى لم يقبض . وكذلك أن تكفلت به على أن يعطيك عبده رهنا ، فإن امتنع من دفعه إليك أجبراه . قال اللخمى فى كتاب الرهن البيع على رهن غير معين جائز ، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد . والعادة فى الخواص أن ترهن مايغاب عليه كالثياب والحلى ومالا يغاب عليه كالدور وما أشبهها ، وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقا فى تلفه لأن فى حفظه مشقة وكلفة . وقال ابن الحاجب فى باب الرهن : ويجبر البائع وشبهه فى غير معين فى التوضيح ، يعنى من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهنا به ، فإن كان الرهن المشترط غير معين ، وأبى المشترى دفعه ، خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له فى فسخ البيع وإمضائه . وهكذا قال ابن الجلاب مقتصرا عليه . والذى نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمى وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين : ابن عبد السلام وهو المذهب » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٢٦٨): فإن شرط مالا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد . لأن الشرع ورد بذلك على مانبينه فى مواضعه إن شاء الله وبه الثقة ، ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد » .

وجاء فى شرح المنهاج للرملى (جزء ٣ ص٤٣٦ - ص ٤٣٨) : « . . . والرهن للحاجة إليه ، لا سيما فى معاملة من لا يعرف حاله . وشرطه العلم به ، إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم . ثم الكلام هنا فى وصف لم يرد على عين معينة . فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزى عن الرؤية لأنه فى معين لا موصوف فى الذمة خلافا لمن وهم فيه ، وأن يكون غير البيع فلو شرط برهنه إياه ولو بعد قبضه فسد ، لأنه لا يملكه ألا بعد البيع ، فهو بمنزلة استثناء منفعة فى البيع ، فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح . والكفيل للحاجة إليه أيضاً ، وشرطه العلم به بالمشاهدة . أو باسمه ونسبه ولا يكفى وصفه بموسر ثقة ، إذ الأحرار لا يمكن إلتزامهم فى الذمة لانتفاء القدرة عليهم ، بخلاف المرهون فأنه يثبت فى الذمة . فأن لم يرهن المشترى ما شرط عليه رهنه وأن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه ، أولم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وأن أقام المشترى ضامناً غيره ثقة ، فللبائع الخيار . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ . ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره » .

وجاء فى الشرح الكبير للمقنع (جزء ٤ ص ٤٨) . « الثانى شرط من مصلحة العقد . كاشتراط صفة فى الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة ، أو صفة فى المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعا أو مسلماً أو الأمة بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً (١) ،فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به . فأن لم يف به ، فللمشترى الفسخ والرجوع بالثمن » .

وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص٢٨٥ - ص٢٨٦) : الثانى تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة ، أو اشتراط صفة مقصودة فى المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به » .

---

(١) هنا اختلط الأجل والصفة بالشرط المقترن بالعقد ، وقد نبهنا إلى وجوب تمييز بعض عن بعض .

ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد :

والأمثلة التى وردت فى النصوص المتقدمة عن الشرط الذى يلائم العقد هى : (١) شرط أخذ رهن بالثمن (٢) شرط أخذ كفيل بالثمن (٣) شرط الحوالة بالثمن . وكلها شروط تلائم العقد ، فهى وإن كان العقد لا يقتضيها ، إلا أنها لا تتعارض معه ولا تتنافى مع أحكامه ، بل هى من مصلحة العقد ، وتتعلق بها مصلحة العاقدين . والمذهب الحنفى يقتصر كما رأينا على القول بأن الشرط يلائم العقد ، أما المذاهب الأخرى فالتعبير فيها أقل تحفظا . تقول المالكية : الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته. وتقول أيضاً : لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع . وتقول الشافعية : شرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة وتدعو الحاجة إليه . وتقول الحنابلة : شرط من مصلحة العقد وتتعلق به مصلحة العاقدين .

على أن هذه المذاهب تختلف عند ما تقرر ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد ، فأضيقها فى ذلك هو المذهب الحنفى ، وأوسعها هو المذهب المالكى .

ففى المذهب الحنفى إذا كان الرهن الذى يتوثق الثمن به مجهولا ، أو كان الكفيل مجهولا أو كان غير حاضر فى المجلس أو كان حاضراً ولم يقبل الكفالة فإن الشرط يكون فاسداً ويفسد معه البيع . أما فى الرهن فلأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائما للعقد ، مقرراً لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق فى المجهول . وأما فى الكفيل فلأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد . فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل ، لم تصح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقى

الحكم على ما يقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح ، فلا بد إذن لصحة الشرط الملائم للعقد أن يكون تاما نافذ الأثر وقت العقد، فيقبل الكفيل الكفالة بالثمن، ويسلم المشترى الرهن للبائع ، وذلك كله قبل انفضاض مجلس العقد . على أنه يجوز أن يكون الرهن — لا الكفيل — غائباً عن المجلس مادام معلوما إذا كان عينا معينة ، أو ما دام يمكن ضبطه بالوصف إذا كان شيئا غير معين إلا بالنوع ، ففى هذه الحالة يصح شرط الرهن ويصح معه العقد ، ويجب على المشترى تسليم الرهن أو قيمته إلى البائع بعد العقد ، وإلا كان البائع بالخيار ، إذا لم ينقد ، الثمن بين فسخ العقد أو إبقائه . ولكن لا يجبر المشترى على تسليم الرهن ، خلافا لقول زفر إذ يذهب إلى أن الرهن إذا شرط فى العقد فقد صار حقا من حقوقه ويجبر المشترى على تنفيذه .والفرق بين الكفالة والرهن فى هذا الصدد ، إذ يشترط حضور الكفيل وقبوله الكفالة ولا يشترط حضور الرهن على ما بينا ، يوضحه صاحب فتح القدير إذ يقول : « . . لأن وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلا بد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لا تشترط حضرته ، لكن مالم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا ، بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ» .

والظاهر من النصوص أن الشافعية والحنابلة كالحنفية فى وجوب تعيين المرهون وتعيين الكفيل بالذات ، فلا يكفى وصف الكفيل بموسر ثقة . ولكن يبدو أن الشافعية والحنابلة لا يتشددون تشدد الحنفية فى وجوب أن يكون الكفيل حاضراً فى مجلس العقد وأن يقبل الكفالة قبل انفضاض المجلس ، فيكفى أن يكون كل من الرهن والكفيل معينا معلوماً على الوجه

الذى قدمناه ، فإن لم يسلم المشترى الرهن للبائع قبــل العقد ، أو لم يقبل الكفيل الكفالة أو مات قبل القبول ، خير البائع فى الفسخ إذا لم ينقده المشترى الثمن . ويقول الرملى فى هذا الصدد : «فإن لم يرهن المشترى ما شرط عليه رهنه وأن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه . أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشترى ضامنا غيره ثقة ، فللبائع الخيار . . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ. ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره» .

أما المذهب المالكى فهو كما قدمنا ، أوسع المذاهب فى هذه المسألة . فعنده يصح الشرط حتى لو لم يكن الرهن أو الكفيل معينا . ويقول الحطاب : « وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه ، جاز » . ليس هذا فحسب ، بل أيضا إذا عين الرهن بعد العقد وامتنع المشترى عن تسليمه ، أجبر على ذلك ، ولا يقتصر الأمر على إعطاء البائع حق الفسخ إذا لم ينقد الثمن . وإذا لم يعين الرهن أجبر المشترى على أن يعطى الصنف المعتاد : ثياباً أو حليا أو داراً أو نحو ذلك . ولا يجبر البائع على قبول ما فى حفظه مشقة وكلفة ، كالعبيد والدواب . ويقول الحطاب أيضا فى ذلك: «وإن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليك إن امتنع ، وليس هذا من الرهن الذى لم يقبض . . والبيع على رهن غير معين جائز ، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد . والعادة فى الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلى وما لا يغاب عليه كالدور وما أشبهما ، وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقا فى تلفه لأن فى حفظه مشقة وكلفة . . والذى نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمى وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين . . وهو المذهب» .

ونرى من ذلك أن المذهب الحنفى لا يكتفى فى صحة الشرط بمجرد التزام

المشترى بتقديم رهن أو كفيل . بل يجب أن يكون عقد الرهن أو عقد الكفالة قد انعقد مع انعقاد البيع . وتكتفى الشافعية والحنابلة بمجرد التزام المشترى بتقديم رهن أو كفيل على أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت العقد . أما المالكية فيكتفون هم أيضاً بمجرد التزام المشترى بتقديم رهن أو كفيل ، ويزيدون على ذلك أنهم لا يشترطون أن يكون الرهن أو الكفيل معيناً وقت العقد ، ثم أنهم فى الرهن يجبرون المشترى على تسليمه إذا كان معيناً، أو على تسليم الصنف المعتاد إذا كان غير معين .

بقى شرط الحوالة ، ونلاحظ أن كتب الحنفية قد تضاربت فى صحة هذا الشرط . فقد جاء فى البدائع كما رأينا : « ولو شرط المشترى على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه . أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد . والشرط الذى لا يقتضيه العقد مفسد فى الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن » . والفرض أن يرد الشرط فى عقد البيع قاضياً بحوالة الثمن الذى فى ذمة المشترى حوالة دين إلى ذمة شخص آخر قد يكون مديناً للمشترى (غريماً من غرمائه) فيصبح هذا المدين وقد تحمل الدين بالثمن نحو البائع وتبرأ ذمة المشترى من الثمن . هذا الشرط لا يقتضيه العقد . ثم هو لا يلائم العقد ، لأن الحوالة إبراء لذمة المشترى من الثمن كما يقول صاحب البدائع . ولكن إذا كانت الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاطاً له من وجه ، فهى من وجه آخر تقرير لوجوب الثمن وتأكيد له ، فإن الإبراء لا يكون إلا عن شىء واجب . هذا إلى أن الحوالة ليست إبراء فحسب ، إذ هى إبراء لذمة المحيل — إبراء غير كامل — وشغل لذمة المحال عليه ، وفى هذا أيضاً تقرير لوجوب الثمن وتأكيد له . ولا يختلف الأمر

إذا ضمن المشترى الثمن لغريم من غرماء البائع أى لدائن من دائنيه ، ولو كان ذلك عن طريق حوالة الدين الذى فى ذمة البائع لدائنه إلى ذمة المشترى ، فان المشترى بقبوله هـذه الحوالة إنما يؤكد وجوب الثمن فى ذمته وبدلا من أن يدفعه للبائع يكون واجباً عليه أن يدفعـه لدائن البائع ، فالشرط كما نرى ملائم لمقتضى عقد البيع كل الملاءمة ، ويعدل فى ذلك شرط الرهن وشرط الكفالة . من أجل ذلك نرجح الأخذ بما جاء فى فتح القدير من أن « شرط الحوالة كالكفالة » ، وبما جاء فى المبسوط من أن « شرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة ، لأنه لا ينافى وجود أصل الثمن فى ذمـة المشترى ، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن فى ذمة المشترى ، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد فان ذلك ينافى موجب العقد فكان مفسداً للعقد » .

الشرط الذى يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية ويصح أصلا فى المذاهب الأخرى :

ولم تجز الحنفية الشرط الذى يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان ، ملحقين إياه فى المعنى بالشرط الذى يقتضيه العقد . وإلا فإن الشرط ، ولو لاءم العقد ما دام العقد لا يقتضيه ، لا يجوز على مقتضى القياس عند الحنفية ، فان فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً فى عقد وهذا لا يجوز . وإنما صح هـذا الشرط على سبيل الإستحسان كما قدمنـا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى ، مؤكد إياه ، فاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن يؤكد وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد ، ومثل هذا الاشتراط يكون بمثابة اشتراط صفة الجودة فى الثمن .

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : وإن شرط أن يرهنه المبتاع هـذا بعينه ، فى القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقـد فى عقد . وفى

الاستحسان يجوز هذا العقد ، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء ، فان موجبه ثبوت يد الإستيفاء ، وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد . ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن ، فاشتراط ما يتوثق به كاشتراط صفة الجودة فى الثمن ». وقد رأينا صاحب البدائع يقول فى هذا المعنى : «وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضا ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه .. فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهناً . . فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الأصل . وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً ، إلا أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ؛ لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى ، فأشبه اشتراط صفة الجودة فى الثمن وأنه لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا » .

أما فى المذهب الشافعى ، فالظاهر أن الشرط الذى يلائم العقد يصح أصلا لا استثناء ، بخلاف المذهب الحنفى فالشرط فيه لا يصح إلا على سبيل الاستثناء كما قدمنا .

وأما المذهبان المالكى والحنبلى فيبدو أنهما يجيزان الشرط الملائم للعقد على اعتبار أن هذا الشرط إذا كان العقد لا يقتضيه فإنه لا ينافى مقتضى العقد وهو من مصلحته ، وما لا ينافى مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه فهو جائز مادامت فيه مصلحة للعقد وللمتعاقدين . ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفى وهذين المذهبين فى هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط فى الأصل أن يكون العقد يقتضيه ، ثم هم يجيزون استثناء — على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس — الشرط الذى يلائم العقد ، لأنه يشبه فى المعنى الشرط الذى يقتضيه العقد ، فيلحق به . أما المذهبان الآخران فعندهما أنه ليس من

الضرورى لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه ، بل يكفى أن يكون الشرط لاينافى مقتضى العقد ، فيصح الشرط الذى يقتضيه العقد ، كما يصح الشرط الذى يلائم العقد لأنه لاينافى مايقتضيه ، والصحة فى هذا الشرط وفى ذاك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء . وقد رأينا الخرشى فى المذهب المالكى يقول فى هـــذا المعنى : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض ، وترك المؤلف ذكر مايقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر مالا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبها له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وحميل وأجل ، يعنى أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور . وليس فى ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ، ولا معارض له من جهة الشرع » . ثم رأينا ابن قدامة المقدسى فى المذهب الحنبلى يقول فى الشرح الكبير : « الثانى شرط من مصلحة العقد . . . فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به » .

(ح) الشرط الذى يجرى به التعامل

النصوص :

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر ، فذلك جائز أيضاً ، كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولان فى النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بينا » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧٢) : « كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز . كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع ، أو جرابا على أن يخرزه له خفا ، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط

لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا ونحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط فى البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط فى الاستصناع » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥): «..أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها ، فهو جائز أيضا لما سيأتى» . ثم يقول (ص٢٢١ - ص٢٢٢)قوله: «ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع ، المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له ، فأطلق عليه إسم النعل باعتبار أوله . ويمكن أن يراد حقيقته أى نعل رجل واحدة على أن يحذوها أى أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ، ومنه حذوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ، ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشترى أديما على أن يجعل له شراكا ، فلا بد أن يراد حقيقة الفعل ، فالبيع فاسد . وفى الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك . ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه على أن يسمر له سيرا . وصار كصبغ الثوب، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ، ولكن جوز للتعامل . ومثله أجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن ، جاز للتعامل . لكن فى الفوائد المستحق بالأجارة فعل الصبغ والحضانه فى استئجار الصباغ والظئر ، والصبغ واللبن آلة فعلهما ، وللتعامل جوزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده ، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا ، وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا» .

المقترنة بالعقد (١) . فلم تكن بها حاجـــة للتوسعة عن طريق جريان التعامل بالشرط .

على أن المذهب الحنفى لا يبدو انه ينتفع انتفاعا كاملا من قاعدة إباحة الشرط الذى يجرى به التعامل، فالأمثلة التى ترد فى كتب المذهب ذات أهمية عملية محدودة : نعل يحذوه البائع أو يجعل له شرا كا ، جراب يخرزه خفاً ،خف ينعله ، ثوب يصبغه ، قبقاب يسمر له سيرا ، صوف منسوج يجعله قلنسوة .

والظاهر أن الشرط الذى يجرى به التعامل عند الحنيفة هو أمر ثانوى يتعلق بالمبيع ذاته . فإن كان أمراً غير ثانوى كثوب يخيطه قميصاً أو دار يسكنها ـ أو كان غير متعلق بالمبيع ذاته ـ كقرض فى بيع أو بيعتين فى صفقة واحدة ـ فلا يجوز . وإذا كان التعامل فى الماضى لم يجر بمثل هذه الشروط، فانه يجرى بها فى العصر الحاضر ، فينبغى عدم الوقوف عند التعامل فى الماضى، ومادام باب التعامل قد فتح، فان التعامل يختلف من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى عصر ، ومن المستطاع التوسع فى هذا الباب إلى حد كبير .

ولا يزال الشرط الذى يجرى به التعامل إنما تثبت له الصحة فى المذهب الحنفى على سبيل الاستحسان . أما فى القياس فهو لا يجوز ، لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً فى عقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول : « والقياس ألا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وانه مفسد ، كما إذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا ونحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط فى البيع كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس ،كما سقط فى الاستصناع » .

---

(١) وهذا فيما عدا المذهب الشافعى ، فهو قريب من المذهب الحنفى فى حظر الشروط المقترنة بالعقد والتضييق فى إباحتها كما سنرى. ويخلط الفقه الشافعى بين الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل (المهذب ١ ص ٢٦٨ ، شرح المنهاج الرملى ٣ص ٤٣٦) .

§ ٢ — الشرط الفاسد

المذهب الحنفي والمذاهب الثلاثة الأخرى :

ولما كان المذهب الحنفي هو أضيق المذاهب فى أباحة الشروط المقترنة بالعقد كما قدمنا ، ومن ثم كان الشرط الفاسد فى هذا المذهب واسع المدى ، لذلك نبدأ ببحث المذهب الحنفي وحده ، ثم نعقب بتأصيل هذا المذهب وتطور الفقه الإسلامى فى المذاهب الثلاثة الأخرى وفى المذهب الحنفي نفسه فهناك اتصال وثيق بين هاتين المسألتين .

أولا : المذهب الحنفي

التمييز بين حالتين :

يجب التمييز فى المذهب الحنفي بين حالتين : (ا) حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد (ب) وحالة فيها الشرط الفاسد يلغو دون أن يفسد العقد، فيسقط الشرط ويبقى العقد .

ا — شرط فاسد يفسد العقد

النصوص :

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥ — ص ١٨) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر ، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين

فالبيع فاسد ، لأن الشرط باطل فى نفسه ، والمنتفع به غير راض بدونه ، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط ، فلهذا فسد به البيع . وكذلك أن كان فيه منفعة للمعقود عليه ، وذلك نحو ما بينا انه إذا أشترى عبداً على أنه لا يبيعه ، فان العبد يعجبه ألا تتناوله الأيدى ، وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلا ، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . . قال وإذا أشترى عبداً على أنه يعتقه فالبيع فاسد، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط ، وهو قول الشافعى ، لحديث بريرة رضى الله عنها فأنها جاءت إلى عائشة رضى الله عنها تستعينها فى المكاتبة . قالت إن شئت عددتها لأهلك وأعتقك ، فرضيت بذلك ، فاشترتها وأعتقتها ، وإنما أشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها . . ولأن العتق فى المبيع قبض . . . والقبض من أحكام العقد فاشتراطه فى العقد يلائم العقد ولا يفسده . وحجتنا فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، ولأن فى هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع . يوضحه إنه لو شرط فى الجارية أن يستولدها أو فى العبد أن يدبره كان العقد فاسداً فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فإن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملاءمة ، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد . وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق ، بل يكون ذلك وعداً من المشترى ثم البيع بعقد مطلقا ، وهو تأويل حديث عائشة رضى الله عنها فإنها اشترت بريرة رضى الله عنها مطلقا ووعدت لها أن تعتقها لترضى هى بذلك فإن بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها . . .

. . . وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن ، فالبيع فى جميع ذلك فاسد ،

لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة . . . وإن اشترى شيئاً وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد ، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة فى العقد ، وأن لم يكن بمقابلته شىء من البدل فهو إعارة مشروطة فى البيع ، وهو مفسد للعقد . وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً ، فهذه إعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد ، أو هذا شرط أجل فى العين والعين لا تقبل الأجل ».

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٦٩ — ص ١٧٣) : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع إن كان من بنى آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً أو على أن يقرضه المشترى قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج إبنته منه ، أو يبيع منه بكذا ، ونحو ذلك ، أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجذها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها ، أو شيئاً له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله ، ونحو ذلك . فالبيع فى هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطة فى البيع تكون رباً ، لأنها زيادة لا يقابلها عوض فى عقد البيع وهو تفسير الربا ، والبيع الذى فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا .. وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشترى أو على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ، لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد . وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشترى ، فالبيع فاسد فى ظاهر الرواية عن أصحابنا ،

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه جائز[١] ، وبه أخذ الشافعى رحمه الله . . . وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط ألا يبيعه وألا يهبه وألا يخرجه من ملكه ، فالبيع فاسد ، لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدى فيكون مفسداً للبيع .. ولو اشترى شيئا بشرط أن يوفيه فى منزله ، فهذا لا يخلو أما أن يكون المشترى والبائع بمنزلهما فى المصر وأما أن يكون أحدهما فى المصر والآخر خارج المصر . فإن كان كلاهما فى المصر ، فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحساناً ، إلا إذا كان فى تصحيح الشرط تحقيق الربا كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإيفاء فى منزله ، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيـــه منفعة للمشترى فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء فى منزله وأحدهما فى المصر والآخر خارج المصر . ولهما أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشترى فى المصر ، فتركنا القياس لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا فى المصر ولا فى شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه . . . وأما بيع

---

(١) ويقول صاحب البدائع : « ووجه هذه الرواية أن شرط الأعتاق مما يلائم العقد . لأن الأعتاق أنهاء الملك وإنهاء الملك تقرير له ، فكان ملائما . . . ولظاهر الرواية وجهان ، إحداهما يعم الكل ، والثانى يخص أبا حنيفة عليه الرحمة . أما الأول فهو أن شرط العتق شرط لا يلائمه العقد ، لأن العقد يقتضى الملك ، والملك يقتضى إطلاق التصرف فى المملوك تحصيلا وتركا ، وشرط الاعتاق يقتضى الاستحقاق واللازم لا محالة ، فلا يلائمه بل يضاده . وأما الثانى فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه .. ثم إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشترى ، انقلب العقد جائزا بالأعتاق عند أبى حنيفة استحسانا .. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزا حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس . . ووجههما ظاهر لأن البيع وقع فاسدا من حين وجوده ، وبالأعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر . ولأبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الأعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه ، لأنه إنهاء من وجه وإزالة من وجه ، فمن حيث أنه إنهاء كان يلائمه لأنه تقرير ، لكن من حيث أنه إزالة لا يلائمه لأنه تغيير موجب العقد ، فيجب العمل بالشبهين ، فعملنا بشبه الإزالة فقلنا بفساد العقد فى الابتداء ، وعملنا بشبه الإنهاء فقلنا بجوازه فى الانتهاء ، عملا بالشبهين بقدر الأمكان . فإن قيل لم لا يعمل بهما على القلب مما قلتم ، قيل لأنه لا يمكن لأنا لم نجد جائزا انقلب فاسدا فى أصول الشريعة ، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما فى بيع الرقم ونحوه » (البدائع ٥ ص ١٧٠) .

الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع فى الأرض . . . إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هـذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بأعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطا الأعارة ، فكان شرطه صفقة فى صفقة وأنه منهى عنه » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص٢١٥ – ص ٢٢١) : « ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا ، فأما مافيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الإستحقاق ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها فى داره شهراً أو ثوباً على أن يخيطه ، فالبيع فاسد . وكذا شرط ألا يبيع المشترى العبد لأنه يعجبه ألا تتداوله الأيدى ، وكذا على ألا يخرجه من مكة مثلا . وفى الخلاصة اشترى عبداً على أن يبيعه جاز ، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز . أى لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً . وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين ، ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجداً ، أو طعاماً على أن يتصدق به ، فهو فاسد . . . ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشترى أو يكاتبه أو يدبره (١) . . وكذلك لو باع عبداً على أن

(١) ويقول صاحب فتح القدير بعد ذلك : « والشافعى يخالفنا فى شرط العتق فى أحد قوليه فيصححه . ثم أن أعتقه فذاك ، وألا خير البائع فى فسخ العقد ولا يجبر عليه فى قول بعض أصحابه ، وفى قول آخرين يجبر . قال المصنف : ويقيسه الشافعى على بيع العبد نسمة ، ثم فسره بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك . . . والحجة عليه ماذكرنا ، يعنى من الحديث والمعنى . وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة . وجوابه أن ليس فى حديث بريرة أصلا أن البيع كان بشرط العتق ، بل كان على وعد العتق منهـا ، وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط فى شىء . . ونسمة منصوب على الحال بمعنى معروضا للعتق ، وعبر بالنسمة لكثرة ذكرها فيما إذا أعتقت مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة واعتق النسمة ، فصيرت كالإسم لما عرض للعتق ، فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الفعل » فتح القدير ٥ ص٢١٦ – ص ٢١٧)

يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشترى دراهم ، أو على أن يهدى له هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشترى قميصاً أو قباء ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد فى عين بعضها نهى خاص وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أى قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكن بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شىء من الثمن ، بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وبإزاء أجرة الخدمة والسكنى ، يكون إجارة فى بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة فى بيع ؛ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة . . . واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين فى بيعه ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم فى الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فانه فى خصوص من الصفقات وهو البيع ، وفسره الشافعى بأن أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى . . . وذكر الإمام قاضيخان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة ، قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ، وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد ، وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد . . . ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين على مأمر من امتناع الصفقتين فى صفقة ، ألا أن هنا على تقرير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شىء من الثمن فهو شرط إجارة فى بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التغيير وعلى تقرير عدم المقابلة يكون إعارة فى بيع» .

ونستعرض استخلاصا من النصوص المتقدمة، مسائل ثلاثا: ١ ـ الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد . ٢ ـ الأسباب التى دعت المذهب إلى القول بفساد الشرط والعقد فى هذه الصور . ٣ ـ العقود التى يكون فيها الشرط الفاسد مفسدا للعقد .

١ — الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد :

يمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذى يفسد العقد هو الذى فيه منفعة لها صاحب يطالب بها . وهذه المنفعة أما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً ، أو للبائع ، أو للمشترى ، أو لأجنبى غير المتعاقدين .

فمثل المنفعة التى تكون للمبيع إذا كان رقيقاً : أن يشترى عبداً على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرجه من ملكه بحال، أو على أن يبيعه من فلان دون غيره، أو على ألا يخرجه من بلد معين، أو على أن يدبره أو يكاتبه، أو على أن يعتقه على خلاف بين المذاهب ، (١) أو يشترى أمة على أن يستولدها . فى هذه

---

(١) رأينا فى النصوص المتقدمة أن المذهب الحنفى ـ فيما عدا رواية عن أبى حنيفة للحسن ابن زياد ـ يقول بفساد شرط العتق ، لأن هذا الشرط فيه منفعة المبيع ، ولا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضى العقد إذ البيع موجب للملك والعتق مبطل له فلا تكون بينهما ملاءمة . ولكن أبا حنيفة يصحح البيع إذا أعتق المشترى الرقيق بالفعل ، لأن العتق عنده إنهاء للملك من وجه وإزالة له من وجه آخر ، فمن حيث هو إنهاء للملك كان يلائم العقد لأنه تقرير للملك ، ومن حيث أنه إزالة للملك كان لا يلائم العقد لأنه تغيير لموجبه ، فعمل بالشبهين بقدر الإمكان . عمل بشبه الإزالة فقال بفساد العقد فى الابتداء ، وعمل بشبه الإنهاء فقال بجوازه فى الانتهاء . ولا يستطيع أن يقلب الوضع فيقول بالفساد بعد الصحة ، لأن العقد لا يفسد بعد الصحة ولكنه قد يصح بعد الفساد .

أما الشافعى فيذهب إلى أن شرط العتق صحيح لحديث بريرة ، ولأن العتق فى المبيع قبض وتقرير للملك فاشتراطه يلائم العقد . ولكن لا يجبر المشترى على العتق فإن لم يعتق خير البائع فى الفسخ ، وفى قول آخر يجبر المشترى على العتق . هذا ويلاحظ أن حديث بريرة لا يفيد أصلا أن البائع قد اشترط على عائشة رضى الله عنها أن تعتق بريرة ، بل أن عائشة هى التى وعدت بريرة بالعتق بعد أن تشتريها ، والبيع بهذا الوعد من المشترى يسمى بيع العبد نسمة.

والمذهبان المالكى والحنبلى يصححان شرط العتق أسوة بكثير من الشروط الأخرى ، لأن هذين المذهبين أوسع المذاهب فى تصحيح الشروط .

الأمثلة نرى الرقيق المبيع قد صارت له منفعة بعقد البيع يستوفيها من المشترى. فمن مصلحة هذا الرقيق ألا يباع أو يخرج من ملك المشترى حتى لا تتداوله الأيدى ، أو فى القليل ألا يباع ألا إلى شخص بالذات فيتحدد بذلك مجال التعامل فيه، أو أن يبقى فى بلد معين له فى الاستقرار فيه مصلحة. ومن مصلحته أن يدبر أو يكاتب ، أو يستولد إذا كان أمة ، فهذا هو طريقه إلى العتق . ومن مصلحته بالأولى أن يشترط البائع عتقه .

والمنفعة التى تكون للبائع أما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التى تتعلق بالمبيع أن يبيع عبدا ويشترط على المشترى أن يبقى فى خدمته وقتا من الزمن ، أو يبيع دارا ويشترط أن يسكنها شهراً ، أو يبيع أرضا ويشترط أن يزرعها سنة ، أو يبيع دابة ويشترط أن يركبها إلى مكان معين ، أو يبيع ثوبا ويشترط أن يلبسه أسبوعا. ونرى فى هذه الأمثلة أن البيع يتضمن أجارة أو أعارة ، فيتضمن أجارة إن كان للشرط مقابل من الثمن ، فإن لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن أعارة . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشترى أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة ، أو أن يشترى منه شيئا آخر ، أو أن يبيع له كما اشترى منه ، أو أن يزوج منه ابنته . ونرى فى هذه الأمثلة أن عقد البيع قد تضمن عقداً آخر : قرضا أو هبة أو صدقة أو بيعا أو زواجاً .

والمنفعة التى تكون للمشترى تكون هى أيضاً أما منفعة تتعلق بالبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع . فمثل المنفعة التى تتعلق بالمبيع أن يشترى حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها، أو ثوبا ويشترط على البائع أن يخيطه، أو محصولا ويشترط على البائع أن يحصده، أو يشترط أن يتركه فى الأرض حتى ينضج ، أو رطبة قائمة على الأرض ويشترط على البائع أن يجذها ، أو

يشترى ماله حمل ومؤونة ويشترط على البائع أن يحمل المبيع إلى منزله(١) .
وفى هذه الأمثلة نرى البيع قد اقترن بعقد آخر ، هو فى أغلبها أجارة عمل البائع، وهو أعارة الأرض أو أجارتها فى شرط ترك المحصول فى الأرض حتى ينضج . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشترى على البائع أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو ان يتصدق عليه بصدقة ، أو أن يبيع له شيئا آخر ، أو أن يشترى منه كما باع له ، أو أن يتزوج ابنته . وهذه هى نفس الأمثلة التى أوردناها فى منفعة البائع المستقلة عن المبيع ، وانما جعلناها هنا لمصلحة المشترى لا لمصلحة البائع .

وقد تكون المنفعة لأجنبى غير المتعاقدين ، كما إذا باع ساحة على أن يبنى المشترى فيها مسجداً ، أو باع طعاما على أن يتصدق به المشترى، أو باع دارا واشترط على المشترى أن يهبها لفلان أو يبيعها منه بكذا من الثمن .
ويلاحظ أن هذه الصورة فى الفقه الإسلامى تعدل فى الفقه الغربى صورة الاشتراط لمصلحة الغير ، ولما كان الشرط فاسدا فى هذه الحالة فقد اقفل باب الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الحنفى .

٢ — الأسباب التى دعت المذهب الحنفى إلى القول بفساد الشرط والعقد فى هذه الصور :

وقد رأينا النصوص الفقهية المتقدمة تعلل فساد الشرط والعقد فى هذه الصور بعلتين مختلفتين :

---

(١) وقد رأينا مما تقدم من النصوص أن شرط حمل المبيع إلى منزل المشترى فاسد بالاجماع إذا لم يكن البائع والمشترى فى بلد واحد ، فإن كانا معاً فى المصر فالشرط جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحساناً لجريان التعامل عليه ، وهو فاسد عند محمد أخذا بالقياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد وفيه منفعة للمشترى .

(العلة الأولى) أن الشرط ، ويتضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، يكون زيادة منفعة مشروطة فى عقد البيع ، وهى زيادة لا يقابلها عوض ، فهى ربا أو فيها شبهة الربا ، والمبيع الذى فيه الربا أو شبهة الربا فاسد .

(العلة الثانية) أن الشرط لا يقتضيه العقد حتى يصح قياسا ، ولا هو ملائم للعقد أو يجرى به التعامل حتى يصح استحسانا ، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، فصار فى ذاته عقدا آخر - أجارة أو أعارة أو بيعا أو قرضا أو هبة أو غير ذلك - تضمنه عقد البيع . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيعتين فى بيعة واحدة ، وعن صفقتين فى صفقة واحدة . . ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث ، فقد أخذ بها المذهب الحنفى . وقد رأينا صاحب المبسوط يقول فى هذا المعنى أن الشرط « فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو أجارة مشروطة فى العقد ، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو إعارة مشروطة فى البيع ، وهو مفسد للعقد . . . لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة » . ورأينا صاحب البدائع يقول : « إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطا الإعارة ، فكان شرطه صفقة فى صفقة وأنه منهى عنه » . ورأينا صاحب فتح القدير يقول : « وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهرا أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشترى دراهم ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد فى عين بعضها نهى خاص وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أى قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من

الثمن . بأن يعتبر المسمى ثمنا بأزاء المبيع وبأزاء أجرة الخدمة والسكنى يكون أجارة فى بيع ، ولو كان لايقابلهما يكون أعارة فى بيع ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة » .

٣ — العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفسدا للعقد :

والظاهر من نصوص فتح القدير التى قدمناها أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد إلا إذا كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال . وقد ورد فى المادة ٣٢٣ من مرشد الحيوان : « كل ما كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال ، لايصح إقترانه . بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد إذا اقترنت أوعلقت به . . ومثل ذلك أجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به » .

أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال ، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض ، أومن التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة ، أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها ، أومن الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ، وكذلك الاقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والايصاء والوصية ، فى هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد ، صح العقد ولغا الشرط (أنظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الحيران) .

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل فى صلبه فأفسده معه . والسبب فى ذلك أن الشرط لما كان فاسدا فقد سقط ، ولما كان العاقد قد رضى بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط ، وقد فات عليه ، فيكون غير راض بالمبادلة ، فيفسد العقد . وفى هذا يقول صاحب المبسوط : « لأن الشرط باطل فى نفسه ، والمنتفع به غير

راض بدونه ». وهذا السبب لا يقوم فى التصرفات الأخرى (١) ومن ثم يسقط الشرط لأنه فاسد، ولكن يبقى العقد على صحته (٢).

ب — شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

النصوص:

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥): «.. وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغوا والبيع صحيح. ألا فى رواية عن أبى يوسف قال يبطل به البيع، نص عليه فى آخر الزراعة، لأن فى هذا الشرط ضرراً على المشترى من حيث أنه يتعذر عليه التصرف فى ملكه، والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لأحد المتعاقدين. ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر».

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧٠): «إذا باع ثوبا على ألا يبيعه المشترى أو لا يهبه، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها، أو طعاما على ألا يأكله ولا يبيعه، ذكر فى المزارعة مايدل على جواز البيع، فأنه قال لو شرط أحد المزارعين فى الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل. وهكذا روى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه

---

(١) لا يقوم هذا السبب فى التبرعات والتقييدات والاسقاطات والاطلاقات والتوثيقات والوكالة والأقالة. أما الإيصاء والوصية فلأنها تصرفات بعد الموت فيحترز من إسقاطها، وأما النكاح والخلع على مال فلأنها تصرفات خطيرة يحسن استبقاؤها ما أمكن ذلك.

(٢) وهذا شبيه بما هو مقرر فى الفقه الغربى من أن الشرط الباطل يسقط المعاوضات وأما فى التبرعات فيسقط هو ويبقى التبرع.

الله . وفى الأملاء عن أبى يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد . ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس ، فيكون مفسداً كما فى سائر الشرائط المفسدة . والصحيح ماذكر فى المزارعة ، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجبه الفساد ، وهذا لأن فساد البيع فى مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض . ولم يوجد فى هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، إلا أنه شرط فاسد فى نفسه لكنه لا يؤثر فى العقد، فالعقد جائز والشرط باطل. ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشترى ، أو داراً على أن يخربها ، فالبيع جائز والشرط باطل ، لأن شرط المضرة لا يؤثر فى البيع على ماذكرنا . »

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥ — ص ٢١٦) : « أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمى ، فقد خرج الجواز مما ذكرنا فى المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط فى المزراعة ألا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة . وكذا ذكر الحسن فى المجرد، قال المصنف وهو الظاهر من المذهب ، لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة ، فلا يؤدى إلى الربا ، وما أبطل الشرط الذى فيه المنفعة للبيع إلا لأنه يؤدى إليه ، لأنه زيادة عارية عن العوض فى عقد البيع وهو معنى الربا . »

شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط :

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك شرطا لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يجر به التعامل ، وهو مع ذلك لا منفعة فيه لأحد . ومن الأمثلة على هذا الشرط التى وردت فى النصوص : يبيع ثوبا أو دابة أو حيوانا غير الرقيق ويشترط على المشترى ألا يبيع أو ألا يهب ما اشتراه — يشترط أحد المزارعين على المزارع الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من

المزارعة – يبيع طعاما ويشترط على المشترى ألا يأكله ولا يبيعه – يبيع ثوبا ويشترط على المشترى أن يحرقه – يبيع دارا ويشترط على المشترى أن يخربها.

ففى هذه الأمثلة يذهب الفقه الحنفى إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد (١) . ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، ولا هو يلائم مقتضى العقد ، ولم يجر به التعامل ، فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ، ومن ثم كان فاسدا فيسقط .

ولكن العقد يبقى صحيحا :

على أن هذا الشرط الفاسد الذى لا منفعة فيه لأحد ، لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة ، فهو شرط لم يتمكن فى صلب العقد حتى يسرى فساده إلى العقد ، ومن ثم يبقى العقد صحيحا بالرغم من سقوط الشرط . فالشرط من حيث أنه فاسد يسقط، ومن حيث أنه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحا . وهذا هو الظاهر فى المذهب الحنفى (٢) .

---

(١) نقول يذهب الفقه الحنفى إلى أن الشرط لا منفعة فيه لأحد ، لأننا نرى ، خلافا لما يذهب إليه الفقه الحنفى ، أن هذه المنفعة قد تتحقق فى بعض الأحوال . فقد يشترط البائع على المشترى ألا يبيع أو يهب الشىء الذى اشتراه لمصلحة راعاها المشترى فى ذلك ، كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه ، فشرط عليه ما فيه مصلحة له ، فيكون فى الشرط منفعة للمشترى . وقد يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه ، لأنه لا يريد أجنبياً يشاركه فيما تنتجه المزارعة ، والمزارعة كما هو معروف تقوم فى الغالب على اعتبارات شخصية فيما بين المزارعين . والعادة أن العاقد لا يشترط شرطاً إلا إذا كان له غرض معقول يسعى إلى تحقيقه من نحو ما قدمناه ، ولا يتصور أن يشترط شرطا لا منفعة فيه لأحد إلا فى فروض غير مألوفة ، كأن يبيع الثوب ويشترط على المشترى أن يحرقه ، أو يبيع الدار ويشترط على المشترى أن يخربها .

(٢) ويذهب أبو يوسف ، فى رواية عنه كما رأينا فى النصوص ، أن اشتراط المزارع على المزارع الآخر ألا يبيع أو يهب نصيبه يفسد المزارعة. ولعله نظر فى ذلك إلى أن الشرط فيه منفعة لصاحبه على النحو الذى بيناه ، فيكون الشرط مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ولا جرى به التعامل ، وهو مع ذلك فيه منفعة، ومن ثم يكون مفسداً للعقد كما فى سائر الشرائط المفسدة.

ويذكر المذهب لهذا الحكم علتين : (العلة الاولى) أن الشرط الذى يفسد العقد أنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض ، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذى بيناه ، فكان فى ذلك ربا أو شبهة الربا ، والربا وشبهته يفسدان العقود . أما الشرط الذى نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له ، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التى لا يقابلها عوض ، فانعدمت فيه شبهة الربا ، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد ، فيبقى العقد صحيحا ، مع سقوط الشرط لفساده . (والعلة الثانية) أن الشرط الذى يفسد العقد أنما أفسده ، من جهة أخرى ، لأن فيه منفعة لها مطالب ، فكان صفقة فى صفقة أو عقدا تضمنه عقد آخر ، وهذا لا يجوز . أما الشرط الذى لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب ، فهو ليس بصفقة أو عقد ، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة فى صفقة أو عقداً فى عقد ، فارتفع سبب الفساد عن البيع ، فبقى على صحته ، مع سقوط الشرط لفساده .

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذى لا منفعة فيه لاحد، وأن سقط هو ، لا يفسد أى عقد اقترن به ، ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال، للعلتين المتقدمتين . أما الشرط الفاسد الذى فيه منفعة فقد رأينا أنه يفسد العقود التى هى مبادلة مال بمال، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى بل يلغو الشرط ويبقى التصرف .

ونرى من ذلك أن الشرط الفاسد ، سواء كانت فيه منفعة لأحد أو انعدمت فيه المنفعة ، لا يفسد التصرفات التى يقترن بها إذا كانت هذه التصرفات ليست مبادلة مال بمال . فان كانت التصرفات مبادلة مال بمال ، فأنها تفسد باقترانها بشرط فيه منفعة ، ولا تفسد باقترانها بشرط ليست فيه منفعة . وفى جميع الأحوال سواء فسد العقد أو لم يفسد ، يسقط الشرط الفاسد ذاته ، سواء تضمن منفعة أو لم يتضمن .

ثانياً - تأصيل المذهب الحنفى وتطور الفقه الإسلامى

ا - سبب فساد العقد فى المذهب الحنفى

١ — السبب الحقيقى فى فساد العقد إذا اقترن بالشرط :

علتان تنتهيان إلى علة واحدة - تعدد الصفقة :

رأينا أن الفقه الحنفى يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلتين : علة الربا وعلة تعدد الصفقة . وتكاد العلتان تتعادلان فى كتب الفقهاء ، بل لعل علة الربا هى التى ترجح كفتها .

ولكن المتأمل فيما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة يرى أن فكرة الربا أنما اتخذت تكئة لتعزيز فكرة تعدد الصفقة ، وإن فكرة تعدد الصفقة هى التى يجب أن نقف عندها . ولكن لما كانت هذه الفكرة انما تمت إلى محض الصناعة الفقهية ، فإن تعليل فساد العقد بها يكاد يكون خفيا ، وهو على كل حال لا يبلغ من الوضوح مايبلغه التعليل بفكرة الربا ، فإن الربا فى الفقه الإسلامى لا يكاد يلقى ظله على شىء الا ويفسده ؛ ومن ثم كان الأيسر على الفقهاء أن يلجأوا فى تعليل فساد العقد إلى فكرة الربا .

والواقع من الأمر أن فكرة تعدد الصفقة هى الفكرة التى تسيطر على فساد العقد المقترن بالشرط ، بل أن فكرة الربا نفسها — لو سلمنا بها جدلا — ترد فى النهاية إلى فكرة تعدد الصفقة . ذلك أن كل مثل تورده الفقهاء للشرط الفاسد الذى يفسد العقد يتضمن حتما صفقتين فى صفقة واحدة ، ولا يتحتم أن يتضمن فكرة الربا . فالشرط الفاسد هو فى ذاته صفقة تضمنها عقد البيع ، وقد يكون إجارة أو اعارة أو بيعاً آخر أو هبة أو صدقة أو زواجا أو غير ذلك ، فإذا ما اقترن البيع بهذا الشرط أصبح صفقتين فى صفقة واحدة .

والشرط الفاسد قد لايكون له مقابل من الثمن أو يكون له هذا المقابل.

فأن لم يكن له مقابل من الثمن ، فهنا تأتى فكرة الربا . إذ يقول الفقهاء أن الشرط يكون زيادة منفعة مشروطة فى العقد لايقابلها عوض ، فيفسد العقد للربا . ولكن إذا صح أن تقوم فكرة الربا هنا ، فأنه مع ذلك يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة، ويمكن القول بأن العقد الذى تضمن هذه الزيادة المشروطة فى المنفعة دون عوض إنما تضمن صفقة أخرى ، فأصبح صفقتين فى صفقة .

أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن ، فأن فكرة الربا لاتقوم . إذ تصبح زيادة المنفعة المشروطة فى العقد يقابلها عوض ، فلا يمكن تعليل فساد العقد عندئذ إلا بفكرة تعدد الصفقة .

ومن هنا نتبين أن فكرة الربا لاتصلح لتعليل جميع الأحوال التى يفسد الشرط الفاسد فيها العقد ، فقد رأيناها لا تصلح إلا لتعليل بعض هذه الأحوال، وحتى فى هذا البعض يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة . أما فكرة تعدد الصفقة فتصلح تعليلا لفساد العقد المقترن بالشرط الفاسد فى جميع الأحوال دون استثناء .

على أن هناك ماهو أبعد مدى من ذلك ، فإن التعليل بالربا ، حتى فى بعض الأحوال دون بعض ، قد لايستقيم . فالربا لا يكون إلا فى الأموال الربوية ، وهى المكيلات والموزونات عند الحنفية . فإذا كان البيع الذى اقترن بشرط فاسد لم يقع على مال ربوى، لم تقم علة الربا بشطريها وهما القدر والجنس . فلا يصح تعليل فساد العقد فى هذه الحالة بفكرة الربا .

ففكرة تعدد الصفقة تجبّ إذن فكرة الربا . وهى وحدها ، فى رأينا، التى ضيقت المذهب الحنفى ، وجعلت العقد يفسد إذا اقترن بالشرط . ففى هذا المذهب لايجوز أن يتضمن العقد الواحد أكثر من صفقة واحدة ،

فإذا أضيف إلى هذه الصفقة صفقة أخرى ، ولو فى صورة شرط ، فإن العقد يضيق بالصفقتين ويفسد ، فتسقط الصفقتان معاً .

السبب فى تحريم تعدد الصفقة — وحدة العقد :

ويبقى بعد ذلك أن نسأل : ولماذا لا يجوز تعدد الصفقة فى العقد الواحد؟ هنا نجد نصوص المذهب الحنفى تتذرع بأحاديث كثيرة عن النبى عليه السلام ، فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف .

على أنه فضلا عن أن بعض هذه الأحاديث موقوفة ، كالنهى عن صفقتين فى صفقة وقد أمكن على كل حال تأويله على وجه آخر (١) ، وكالنهى عن بيع وشرط ، فأن هناك أحاديث أخرى صحت عن النبى عليه السلام تجيز اقتران الشرط بالعقد .

---

(١) جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٨) فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة . . . رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة . أما ثبوته فقد رواه البزار فى مسنده عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ، ورجح وقفه . وبالوقف رواه أبو نعيم أبو عبيد القاسم بن سلام . وأما معناه فسره المصنف بما سمعت . وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ، ويفترقان عليه ، انتهى ، ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقة فى الصفقتين ربا تؤيد تفسير المصنف ، مع أنه أقرب تبادرا من تفسير أبى عبيد وأكثر فائدة ، فأن كون الثمن على تقدير النقد ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس فى معنى الربا ، بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة . واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين فى بيعة ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم فى الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فأنه فى خصوص من الصفقات وهو البيع » وفسره الشافعى بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى . وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ، ورواه مالك بلاغاً » .

ونطالع هنا صفحة من المبسوط ، ترددت فى كتب كثيرة (١) . نرى فيها كيف تعددت الأحاديث فى هذه المسألة . بعضها يجيز الشرط فيجيز معه العقد ، وبعضها يسقط الشرط ويجيز العقد ، وبعضها يسقط الشرط والعقد معاً :

قال السرخسى فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٣) : «حكى عن عبدالوارث ابن سعيد قال : حججت فدخلت بمكة على أبى حنيفة وسألت عن البيع بالشرط ، فقال باطل . فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبى ليلى وسألته عن ذلك ، فقال البيع جائز والشرط باطل . فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز . فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة ، وقد اختلفوا علىّ فى هذه المسألة كل الاختلاف ، فعجزنى أن أسأل كل واحد منهم عن حجته . فدخلت على أبى حنيفة فأعدت السؤال عليه ، فأعاد جوابه ، فقلت أن صاحبيك يخالفانك ، فقال لا أدرى ماقالا ، حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . فدخلت على ابن أبى ليلى فقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدرى ماقالا ، حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشترى بريرة رضى الله عنها أبى مواليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال صلوات الله عليه وسلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ، ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مابال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق ، والولاء لمن أعتق . فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدرى ماقالا ، حدثنى محارب بن دثار عن أبى الزبير

(١) انظر على سبيل المثال : فتح القدير جزء ٥ ص ٢١٤ — المواق على الحطاب جزء ٤ ص ٣٧٢ — المحلى لابن حزم جزء ٨ ص ٤١٥ — ص ٤١٦ .

عن جابر بن عبد الله الأنصارى رضى الله تعالى عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة فى بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة ».

فالأحاديث كما نرى مختلفة متضاربة ، ولا بد من التوفيق بينها . وكان من الممكن أن يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد . لا سيما أن أدلة المانعين الكثير منها متكلف (١). فما الذى جعل المذهب الحنفى يؤثر النهى عن الشرط ، ويجعله هو المسيطر فى هذه المسألة ، ويدع الأحاديث الأخرى ؟

الواقع من الأمر أن فكرة النهى عن تعدد الصفقة — فضلا عن أنها وردت فى أحاديث عن النبى عليه السلام — هى الفكرة الطبيعية التى تتفق مع تطور القانون . فهى الفكرة الأولى التى يقف عندها نظام قانونى ناشىء، فى توخيه الدقة فى التعاقد يتحرى البساطة فى العقد ، وتكون وحدة العقد مبدأ جوهريا من مبادئه ، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة وإلا أخل ذلك بوحدته . بل لعل الفقه الاسلامى استغنى بهذه الفكرة وأمثالها — كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد — عن الشكلية فى العقود ، تلك الشكلية التى بدأت فى القانون الرومانى رسوما وأوضاعا ساذجة ، وجاءت فى الفقه الاسلامى ضربا من الشكلية أكثر تهذيبا .

ولعل فكرة وحدة الصفقة فى العقد الواحد لم يخلص منها أى نظام قانونى مهذب فى مراحله الأولى من التطور . فأنها الفكرة التى تلائم العقل القانونى عندما يبدأ فى تشييد صرح من النظم القانونية ، فهو يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد ، إذ أن حاجة القانون إلى الثبات والاستقرار تسبق فى تاريخ تطوره حاجته إلى المرونة والتجدد .

---

(١) ويكفى للاستيثاق مما نقول الرجوع إلى هذه الأدلة كما بسطها ابن حزم فى المحلى (جزء ٨ ص٤١٣ وما بعدها) وفى الأحكام (جزء ٥ ص١٤ وما بعدها). أنظر أيضا رسالة الأستاذ زكى الدين شعبان (غير مطبوعة) ص٥٢ — ص٥٥ .

وها هو أهرنج (Ihering) ، أكبر فقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر ، يحدثنا عن هذه الفكرة فى القانون الرومانى نفسه وهو يتطور فى مراحله الأولى ، ثم يحدثنا كيف تركها هذا القانون بعد أن استكمل تطوره . ولو كان الفقه الإسلامى نقل عن القانون الرومانى ، كما يزعم بعض المستشرقين ، لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثرا ، بل لرأيناه قد أغفلها كما أغفلها القانون الرومانى عندما وصل إلى المرحلة التى قيل أن الفقه الاسلامى نقل عنه فيها . ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الاسلامى ، لاسيما المذهب الحنفى ، متأثرا بهذه الفكرة كل التأثر ، مما يقطع فى أنه تطور تطورا مستقلا بعيدا عن القانون الرومانى ، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به .

٢ — نظرية أهرنج فى وحدة الدعوى ووحدة العقد :

رأى أهرنج فى فكرة وحدة الصفقة فى تطور الفكر القانونى :

وننتقل الآن إلى مايقرره أهرنج فى فكرة وحدة الصفقة فى تطور الفكر القانونى ، متخذا تطور القانون الرومانى مثلا له فى ذلك . يقول أهرنج فى كتابه المعروف «روح القانون الرومانى» (L' Esprit du droit romain) (جزء ٤ ص ١٠ — ص ٢٣٤) مانلخصه فيما يأتى :

أن الصناعة القانونية المهذبة فى نظام قانونى محكم تقتضى فى مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل ، وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى التى تتكون منها أدوات الصناعة القانونية . ومن أهم أدوات هذه الصناعة التصرف القانونى (العقد) وهو الذى ينشىء الحق ، والدعوى التى هى جزاء الحق .

وتتوخى الصناعة القانونية ، فى الشوط الأول ، التبسيط فى هذه الأدوات . وأول مبادىء هذا التبسيط هى الوحدة : الوحدة فى الدعوى

والوحدة فى التصرف القانونى . ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل . ثم أن حاجات الحياة تقتضى التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى . ومبدأ الوحدة يهيء الفرصة لهذا التوفيق ، فالوحدة ترسى دعائم الاستقرار والثبات ، ثم هى تصلح أساساً صلبا يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور .

ولننظر الآن كيف تكون الوحدة فى الدعوى وكيف تكون الوحدة فى العقد .

الوحدة فى الدعوى — وحدة الطلب :

والدعوى فى الصناعة القانونية القديمة هى الحق ذاته متحركا أمام القضاء . وكان طريق الرومان إلى تكوين قانونهم العتيد هو طريق الدعوى ، ولا يكادون فى صناعتهم القانونية القديمة يعرفون الحق إلا عن طريق الدعوى . وفى تاريخ التطور القانونى تسبق قوانين الاجراءات القوانين الموضوعية ، وتتقدم الدعوى الحق . ثم يتطور القانون ، فيبرز الحق فى المكان الأول ، وتتبعه قوانين الأجراءات متأخرة عنه فى المكان الثانى .

وتبدأ الدعوى ، ويبدأ العقد ، تسودهما البساطة التامة ، بساطة تقوم على التقسيم والتحليل ، وتوقى الخلط والمزج ، فلا يجتمع فى أى منهما شيئان من نوعين مختلفين ، بل ولا شيئان من نوع واحد . فالوحدة التى تقوم على التميز بين العناصر الأولية ، والوقوف عند كل عنصر منهما منفردا ، هى الأساس الذى شيدت عليه الصناعة القانونية القديمة صرحها الشامخ : وحدة فى الدعوى فلا تتضمن إلا طلباً واحدا ، ووحدة فى العقد فلا يتضمن الا صفقة واحدة .

ولما كان أهرنج يدرس الصناعة القانونية القديمة فى القانون الرومانى ،

فقد كان بحثه يتداول الدعاوى فى القانون الرومانى ذاته ، وهى دراسة قيمة تفيد الباحثين فى تطور الصناعة القانونية بوجه عام ، سواء كانت فى القانون الرومانى أو فى الفقه الإسلامى أو فى غيرهما من النظم القانونية الأصيلة . وننظر الآن ماذا يقول أهرنج عن الصناعة القانونية القديمة فى دعاوى القانون الرومانى .

أول مبدأ يسود هذه الدعاوى القديمة هو أن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تتضمن إلا طلبا واحدا . فإذا تضمنت الرابطة القانونية عدة طلبات ، وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ، ورفع دعوى مستقلة بكل طلب على حدة ، بحيث لا تشمل الدعوى الواحدة غير طلب واحد . وفى هذا الطلب الواحد ، العبرة فى حالة الشىء المتنازع فيه بوقت انعقاد الخصومة (litis-contestatio) . ففى هذا الوقت تتركز الدعوى ، ومهما طرأ على الشىء المتنازع فيه من تغيرات أثناء نظر الدعوى ، زاد أو نقص أو زال أو دخلت فيه تعديلات بسيطة أو جسيمة ، فالعبرة بحالته وقت انعقاد الخصومة ، أما ما طرأ عليه بعد ذلك فلا يلتفت له ، بل يكون موضوعا لدعاوى أخرى جديدة .

قلنا إن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تشتمل إلا على طلب واحد ، وإنه إذا تضمنت الرابطة القانونية طلبات عدة وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ورفع دعوى مستقلة به . فإذا غير شخص مثلا اتجاه المسيل الذى لجاره على أرضه إضرارا بهذا الجار ، كان على الجار أن يرفع دعاوى أربعا كل دعوى مستقلة عن الدعاوى الأخرى : (١) دعوى إرجاع الشىء إلى أصله ، أى بإزالة الانحراف الذى استحدث فى اتجاه المسيل (٢) ودعوى للمطالبة بتعويض عما حدث من ضرر بسبب هذا العمل (٣) ودعوى بتقديم كفيل لما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف فى اتجاه المسيل بعد صدور الحكم (٤) ودعوى عما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف فى اتجاه المسيل أثناء نظر الدعوى الأولى . وإذا أراد شخص أن يسترد أشياء عدة ، وجب عليه أن يرفع دعوى استحقاق مستقلة لكل من هذه الأشياء . وكذلك إذا

أراد المقرض استرداد القرض وفوائده، وجب أن يرفع دعويين على المقترض: (١) دعوى باسترداد القرض ومصدرها عقد القرض العينى (٢) ودعوى للمطالبة بالفوائد ومصدرها عقد آخر (stipulation) اتفق فيه على الفوائد، مستقل عن عقد القرض.

بقى أن نعرف ما هو المعيار لوحدة الطلب التى تقوم عليها وحدة الدعوى؟ يكون الطلب واحدا متى كان سببه القانونى، أى المصدر الذى أنشأه، سببا واحدا، ولو تعددت الأشياء التى يتضمنها الطلب. فإذا كان سبب الملك واحدا، ولو تعددت الأشياء المطالب بها، اعتبرت المطالبة بهذه الأشياء جميعا طلبا واحد، كما إذا طالب المشترى بأرض ومواش وآلات زراعية بيعت له جميعا بعقد بيع واحد فى صفقة واحدة، وكما إذا طالب الوارث بنصيبه فى الميراث فى تركة واحدة وكانت تتضمن نقودا ومنقولات وعقارات مختلفة. وإذا كان مصدر الالتزام واحدا، فإن الطلب يكون واحدا، ولو تعددت الأشياء المطالب بها، كما إذا طالب المقرض المقترض برد مقادير من أصناف مختلفة أقرضه أياها بعقد قرض واحد، وكما إذا طالب المؤجر المستأجر برد أشياء متنوعة آجرها إياه بعقد إيجار واحد، أما إذا تعدد سبب الملك، أو تعدد مصدر الالتزام، فلابد من تعدد الدعوى.

الوحدة فى الدعوى — وحدة الدفع:

وكما أن الدعوى لا يجوز أن تشتمل إلا على طلب واحد، كذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يجيب عن الدعوى إلا بنعم أو لا. فالدعوى لا يجوز دفعها إلا بدفع واحد هو محض الإنكار. ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بطلب جديد مستقل عن طلب المدعى، كأن يدفع بأن له على المدعى دينا مقابلا للدين المدعى به، فأن هذا الطلب المستقل الذى يدفع به الدعوى يجب أن يكون موضوعا لدعوى أخرى مستقلة عن الدعوى الأولى.

وقد تقوم صعوبة فى مثل هذا النظام فيما إذا غالى المدعى فى طلبه ، فادعى مثلا بمائتين وليس له إلا مائة ، فإن المدعى عليه فى هذه الحالة لايستطيع أن ينكر المديونية إنكارا مطلقا فإن عليه مائة ، ولايستطيع الإقرار بها إقرارا مطلقا فليس عليه مائتان . لذلك جعل عقاب من يطلب المائتين وليس له إلا مائة أن ترفض دعواه كلها ، وأجيز للمدعى عليه فى هذه الحالة أن يدفع الدعوى بالإنكار ، وما دام المدعى لايستطيع أن يثبت أن له مائتين كان المدعى عليه محقاً فى الإنكار ولو ثبت أن فى ذمته مائة . ومن ثم كان المدعى يجبر على أن يتقدم بدعواه بحيث يكون الحق الذى يدعيه هو حق ثابت له فى ذمة المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، وذلك حتى يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بنعم أو لا .

على أن المدعى قد يستشعر حرجا إذا لم يكن عارفا وقت رفع الدعوى بمبلغ حقه على وجه الدقة ، كما إذا كان يطالب بتعويض عن عمل غير مشروع . فإذا جاوز فى مطالبته مقدار الحق عن حسن نية ، تعرض لإنكار المدعى عليه وخسارة الدعوى . من أجل ذلك أجيز للمدعى فى مثل هذه الحالة ألا يحدد مبلغاً معيناً ، وأن يقتصر على أن يطلب تحديد المبلغ بواسطة القاضى .

وقد ترتب على وجوب وحدة الدفع ، فى الدعاوى التى قد يستعصى الدفع فيها على هذه الوحدة ، أن اخترعت وسائل تجعل هذه الوحدة ممكنة ، فيستطيع المدعى عليه أن يجيب عن الدعوى بنعم أو لا .

من ذلك مثلا إذا رفعت الزوجة ، بعد انحلال الزواج ، دعوى باسترداد مهرها ، وكان الزوج قد أنفق مصروفات على المهر من حقه أن يستردها ، فان الزوجة تجبر فى هذه الحالة على أن تخصم هذه المصروفات من المهر ، فتكون الدعوى مقصورة على الباقى بعد خصم المصروفات ، وهنا يتيسر للمدعى عليه أن يجيب عن الدعوى بالإقرار أو بالإنكار . كذلك الحال إذا رفع

الموصى له دعواه بوصية تزيد على النصاب القانونى ، فيجب عليه أن ينقصها إلى حد هذا النصاب ، ولا يطالب إلا بهذا القدر . وهذا هو أيضا الحكم فى مطالبة الابن أو العبد رب الأسرة بحوزته (pécule) ، إذ يجب عليه أن يخصم ما لرب الأسرة من حق على الحوزة ولا يطالب إلا بالباقى .

ثم انتهى الأمر فى تطور الإجراءات إلى أن القاضى ، فى بعض الحالات كان يتدخل فى الدعوى ، فيتحكم فى توجيهها لتكييفها تكييفا يسمح للمدعى عليه أن يجيب عليها بمطلق الاقرار أو الانكار . ونذكر من هذه الحالات اثنتين :

١ – إذا ادعى المدعى عليه حقاً فى ذمة المدعى يقابل الحق الذى يدعيه هذا ، فان القاضى يناقش هذا الحق حتى يتثبت من وجوده ، فإذا كانت الدعوى بمائة ، وتثبت القاضى من أن للمدعى عليه فى ذمة المدعى عشرين ، فإن المدعى عليه ، بعد تثبت القاضى من ذلك ، يجبر على أن يحور دعواه فلا يرفعها إلا بثمانين ، حتى لا يكون هناك طلبان أمام القضاء أحدهما بمائة يطلبها المدعى والآخر بعشرين يطلبها المدعى عليه ، بل لا يكون هناك إلا طلب واحد هو الثمانون التى اقتصر عليها المدعى .

٢ – قد يختار المدعى صورة للدعوى التى يرفعها ، فيحورها القاضى إلى صورة أخرى تتلاءم مع موقف المدعى عليه من الدعوى . مثل ذلك أن يرفع المدعى دعوى يطالب فيها بملكيته عن طريق الميراث لأشياء فى يد الحائز . فينظر القاضى إلى موقف الحائز ، هل يدفع الدعوى بأنه هو الوارث دون المدعى ، فعند ذلك يجعل المدعى يرفع دعواه فى صورة دعوى ميراث حتى يستطيع المدعى عليه أن يجيب عنها بمطلق الانكار . أو أن الحائز لا يدفع الدعوى بأنه هو الوارث ولكن يدفعها بأنه هو المالك لهذه الأشياء منذ البداية ، فلكى يتيسر للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بمطلق الإنكار

يجعل القاضى المدعى يرفع دعواه لا فى صورة دعوى ميراث بل فى صورة دعوى استحقاق .

الوحدة فى العقد — وحدة الموضوع :

الوحدة فى العقد كانت تضاهى الوحدة فى الدعوى ، والعقد كالدعوى كانت تسوده البساطة التامة ، فكان لا يشتمل إلا على صفقة واحدة ، ولا ينشىء إلا حقاً واحداً ، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود . كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة مختلفة ، حق عينى وحق شخصى ، فى عقد واحد ، بل كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة واحدة فى عقد واحد ، سواء كانا حقين عينيين أو حقين شخصيين .

كان لا يجوز أن يجتمع حق عينى وحق شخصى فى عقد واحد . ويتجلى أثر ذلك فى الرهن ، فقد بدأت فكرة الرهن تدخل النظام القانونى على الوجه الآتى : كان الراهن ينقل ملكية العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، ثم يفرض عليه التزاما أن يعيد إليه هذه الملكية عند وفاء الدين المضمون بالرهن ، فكانت عملية الرهن على هذا الوجه تتضمن نقل حق عينى وإنشاء التزام شخصى . ولكن لم يكن يجتمع الأمران معاً فى عقد واحد ، فينقل الراهن فى العقد ملكية العين المرهونة ويشترط فى نفس العقد أن تعاد إليه الملكية عند وفاء الدين . بل كانت الملكية تنقل إلى المرتهن فى عقد شكلى (mancipatio) مستقل ، والالتزام بإعادة نقلها إلى الراهن يفرض فى عقد شكلى آخر (convention accessoire de la fiducia) متميز عن العقد الأول .

كذلك إذا أراد المولى أن يعتق عبده وأراد فى الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق ، لم يكن المولى يستطيع فى عقد واحد أن يجمع بين العتق واشتراط الخدمة . بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانونى قائم بذاته غير مقترن بأى شرط ، ثم يشترط عليه الخدمة فى عقد آخر متميز عن التصرف الذى تضمن الإعتاق .

وكان أيضاً لايجوز أن يجتمع حقان عينيان فى عقد واحد ، كأن يجتمع حق الملكية مع حق الارتفاق . حتى أن المالك كان إذا أراد أن ينقل ملكية العقار إلى شخص آخر على أن ينشىء لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار ، لم يكن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط فى العقد ذاته إنشاء حق الإرتفاق ، بل كان ينقل حق الملكية منقوصاً منه حق الارتفاق الذى يستبقيه لنفسه . فلم يكن العقد يتضمن صفقتين ، إحداهما نقل حق الملكية والأخرى إنشاء حق الارتفاق ، بل كان يتضمن صفقة واحدة هى نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق ، ولم يكن حق الارتفاق ينشأ بالعقد ، بل يستبق على أصل الملك الأول .

وكان أخيراً لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان فى عقد واحد ، كبيع وإيجار أو بيع وقرض . ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضى بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد إلا بها ، ولا ينعقد بها غيره من العقود . وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجتمع صفقات متعددة فى عقد واحد حتى لا يتعقد التعامل . ومن ثم كان المتعاقدان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع فى الوقت الذى يستعملان فيه صيغة عقد الايجار أو صيغة عقد القرض ، وكان لا يمكن تبعاً لذلك أن يجمع المتعاقدان صفقتين فى صفقة واحدة(١) .

---

(١) وقد استثنيت الوصية من المبدأ القاضى بوحدة التصرف القانونى ، فكان من الجائز أن تتضمن الوصية تصرفات متعددة . ذلك أن الوصية هى أداة التصرف لما بعد الموت ، فكان من الطبيعى أن تتضمن مجموع التصرفات التى يريد الإنسان نفاذها بعد موته . ولم تكن الوصية فى الواقع من الأمر تصرفا واحدا يقابل تصرفاً فردياً من التصرفات ما بين الأحياء ، بل كانت هى مجموع التصرفات التى تنفذ بعد الموت ، وهذا المجموع هو الذى يقابل مجموع التصرفات التى تنفذ حال الحياة . فكانت الوصية في القانون الرومانى تتضمن فى العادة طائفة من التبرعات الوصائية وتعيين الأوصياء وإقامة الورثة وعتق الأرقاء وغير ذلك من التصرفات التى يراد نفاذها بعد الموت . وساعد على إمكان تعدد التصرفات فى الوصية الواحدة أن الوصية فى القانون الرومانى القديم لم تكن تصرفا قانونياً فحسب ، بل كان يصدر بها قانون من مجلس الشعب (أهرنج : روح القانون الرومانى جزء ٤ ص١٤٤ ـ ص١٤٧) .

الوحدة فى العقد — وحدة الزمان والمكان :

ثم أن العقد ، طبقاً للصناعة القانونية القديمة ، هو أيضاً وحدة زمانية . ففى وقت معين — هو الوقت الذى يبرم فيه العقد — يتركز كل شيء يتعلق بهذا العقد من ناحية تمامه والفراغ منه ، ومن ناحية الشروط الواجب توافرها فيه ، ومن ناحية الآثار التى تترتب عليه .

١ — فمن ناحية تمام العقد والفراغ منه تتجلى وحدة الزمان فى أن المتعاقدين يجب أن يحضرا فى مكان واحد ، وأن يبرما العقد فى وقت واحد . ذلك أن وحدة الزمان تقتضى وحدة المكان ، فى مكان واحد وفى وقت واحد يبرم العقد الواحد ، وذلك هو مجلس العقد . ويقول أهرنج (روح القانون الرومانى ٤ ص ١٤٩) فى هذا الصدد : « فى جميع التصرفات القانونية التى تستلزم اشتراك أشخاص متعددين ، كانت وحدة التصرف تقتضى حضور هؤلاء الأشخاص فى مكان واحد . فالوحدة فى العقد ، أى الوحدة فى الزمان ، تقتضى الوحدة فى المكان » . ومن ثم كان لا يجوز أن يدخل على العقد ، بعد إبرامه ، أى تعديل . وإذا أريد تعديل العقد ، وجب أولا إنهاؤه ، ثم إبرام عقد جديد ينشيء ابتداءً الروابط القانونية على الوجه المعدل . ذلك أن جواز تعديل العقد مع بقائه قائماً يخل بالوحدة الزمانية فى إبرامه ، فقد كان ينبغى جمع كل التعديلات المطلوبة وإدماجها فى العقد وقت إبرامه حتى تتحقق الوحدة فى الزمان(١) .

٢ — ومن ناحية الشروط الواجب توافرها فى العقد ، من حيث أهلية المتعاقدين ومن حيث محل العقد ، فإن هذه يجب أن تتوافر جميعاً وقت

---

(١) أهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٥٢ — على أن اتساع الرقعة الجغرافية وتعقد طرق المواصلات وانتشار الحضارة ، كل أولئك دعا بعد ذلك إلى استعمال وسائل المراسلة من رسول وكتاب ونحو ذلك . فوجد العقد بالتراسل وبالكتابة ، واختلت وحدة الزمان والمكان .

إبرام العقد ، فتتركز كلها فى هذه الوحدة الزمانية ، ولا يجوز أن يتأخر أى شرط منها عن هذا الوقت أو أن يتقدم . فإذا أبرم العقد بقى كما نشأ وقت إبرامه : إذا فقد شرطاً فأنه لا يصح حتى لو توافر هذا الشرط بعد ذلك . أو حتى لو كان هذا الشرط متوافر قبل ذلك . لا يستمد العقد حياته لا من المستقبل ولا من الماضى ، بل يستمدها من الحاضر ، فى الوقت الذى يبرم فيه (١) . وفى هذا الوقت بالذات يجب أن توجد عناصر حياته جميعا ، أى أن تتوافر الشروط القانونية الواجبة لقيامه .

ففى وقت أبرام العقد يجب أن تتوافر الأهلية الواجبة فى كل من المتعاقدين . فإذا اختلت الأهلية لم يصح العقد ، حتى لو توافرت الأهلية بعد ذلك وأراد المتعاقد الذى استكمل أهليته أن يجيز العقد ، فان الأجازة لا تعتبر .

ويجب أن يكون محل العقد موجودا معينا مشروعا وقت أبرام العقد . فلا يجوز لشخص أن ينقل للغير حقا لا يملكه وقت التعاقد ، ولا يجوز أن ينزل عن حق لم يكن له وقت أن نزل . ومن ثم لا تجوز كفالة دين مستقبل ولا التعامل فى شىء مستقبل ، مادام الدين لم يكن موجوداً وقت إنشاء الكفالة أو الرهن ، ومادام الشىء كان معدوما وقت التعامل فيه . كذلك لا يجوز التعامل فى شىء غير معين تعيينا تاما أو غير مشروع وقت التعاقد . ويكفى أن تتوافر الشروط القانونية فى التصرف وقت أبرامه ، ولا عبرة بعد ذلك بتخلف هذه الشروط بعد أن تم إبرام العقد . أما ما انتهت إليه

---

(٢) ويقول أهرنج : «إن التصرفات فى القانون الرومانى القديم تقوم كاملة منذ الساعة الأولى من وجودها ، تتحدى الماضى والمستقبل . فلا الماضى له أثر فيها ، إذ هى تستبعد كل ما يتعلق به ، وذلك بفضل التمييز بين تصرف استكمل صورته وبين المساومات التى تقدمته . ولا المستقبل يستطيع أن ينال منها ، فهى منذ أن تقوم تصير ثابتة فى مشتملاتها وتصبح غير قابلة للتغيير . ولا تحتمل إضافة لاحقة ، ولا يعوزها الحسم والتحديد . تنبذ كل مسألة يكون المستقبل وحده كفيلا بحلها ، وتستعصى على أى سبب يكون من شأنه أن يقف من آثارها ، ومن ثم تقوم مستكملة الذات ، مطلقة الوجود ، على أساس من الحاضر الثابت الأكيد» (أهرنج ٤ ص ١٧٣) .

الصناعة القانونية الحديثة ، بعد تطور القانون ، من إفساح المجال للتعامل فى الأشياء المستقبلة وفى الأشياء المعدومة وفى الأشياء غير المعينة تعيينا كافيا، فهذه مرونة كان من الخطر التسليم بها فى الصناعة القانونية القديمة ، إذ كانت تطلق العنان للتحكم والفوضى ، وكانت لا تستطيع أن تمسك بزمام القانون لتجعله قائما على أساس صلب من الثبات والاستقرار . ولم يكن يجوز للصناعة القانونية فى مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد ، فبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية والأمساك بزمامها وتوجيهها التوجيه الواجب . وكان لا بد للصناعة القانونية فى بداية أمرها من أن تضحى بالمرونة والتجدد فى سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها. فأن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها ، فتستطيع ، بعد أن تقوم على أساس ثابت ، أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة ، وأن تنطوى على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ (١) .

على أنه إذا كان التصرف فى الصناعة القانونية القديمة يعيش عادة فى الحاضر ، فأن ضرورات التعامل لم تلبث أن اقتضت إخضاع المستقبل لسيطرته . فقد يرى شخص أنه سيكون فى حاجة إلى مسكن مثلا بعد ستة أشهر ، فهل ينبغى أن يتربص إلى انقضاء هذه المدة ، ثم يبحث بعد ذلك عن

---

(١) أهرنج ٤ ص ١٦٢ وأنظر أنها ص ١٠ — ص ١٣ — ثم ص ٨ — ص ٩ حيث يقول : « يسبق الاستعباد الحرية . . وكذلك الأمر فى الصناعة القانونية . فأن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية مرت بمرحلة الاستعباد . وهى إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية تراها تحمل آثار المرحلة الأولى ، مرحلة تتسم من جهة بالنظام والبساطة الذين لا مأخذ عليهما وبالضبط والدقة الحسابية وبالمنطق الذى لا يخطىء ، وتتسم من جهة أخرى ، كثمن لهذه المزايا ، بالصلابة والاسهاب والثقل والتعالم . فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التى تعترضها ، بل هى لا تحجم عن اللف والدوران حولها ، إلى أن تصل غايتها . . . وأن الصلابة فى منطق الصناعة القانونية القديمة ليصل إلى حد يبعث على الظن أنها لم تكن دائماً محلا للتطبيق العملى ، وإنها إنما اخترعت لأغراض تعليم المدرسى ، بمثابة رياضة حسابية للقانون » .

منزل صالح يستأجره لسكناه ؟ ولو أنه عثر على هذا المنزل منذ الآن ، ألا يستطيع أن يستأجره فوراً على أن يبدأ الإيجار بعد ستة أشهر ؟ وإذا كنت أعتزم بناء دار ، وقدرت أن هذه الدار لابد أن يكون لها حق ارتفاق على عقار مجاور ، أليس من المعقول أن أتعاقد منذ الآن ، وقبل بناء المنزل ، مع الجار على حق الارتفاق اللازم معلقاً على شرط بناء المنزل ؟ من هنا كانت الحاجة إلى الأجل والشرط حاجة مبكرة فى مراحل تطور القانون، والأجل والشرط يمثلان كما نرى سيطرة التصرف القانونى على المستقبل . ولكن الصناعة القانونية القديمة لم تكن لتسمح أن يختل فى التصرف القانونى وحدة الزمان ، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المضاف إلى الأجل أو المعلق على الشرط ، بل يجب أن يكون التصرف منجزاً حتى تتحقق الوحدة الزمانية فى الحاضر ، والدين الذى ينشأ من التصرف القانونى هو الذى يكون مؤجلا أو معلقاً على شرط . على أن هناك فرقاً واضحاً بين الأجل والشرط. فالدين المؤجل موجود، بل هو كامل الوجود ، منذصدور التصرف القانونى، فهو لا يعيش فى المستقبل بل يعيش فى الحاضر ، ونفاذه هو وحده المرهون بالمستقبل . أما الدين المعلق على شرط ، فهذا هو الذى تبدأ حياته عند صدور التصرف القانونى ، على نحو ما تبدأ حياة الجنين ، ولا يفتأ يتكون فى المستقبل ، نطفة ثم علقة إلى أن يولد خلقاً كاملا سوياً عند تحقق الشرط . ومن ثم اقتضت الصناعة القانونية أن تتوافر الشروط الموضوعية فى التصرف الذى ينشىء دينا معلقاً على شرط لا عند صدور التصرف القانونى فحسب ، بل يجب أيضاً أن تبقى متوافرة إلى أن يتحقق الشرط ، ويخلص من ذلك أن الدين المعلق على شرط يتكون خلال فترة من الزمن متدرجاً فى النشوء إلى أن يستكمل وجوده ، وأن التصرف القانونى ذاته إنما هو تصرف متعاقب الوجود (naissance successive) ، فلا تتحقق فيه من وجه وحدة الزمان (أهرنج ٤ ص١٦٢ - ص ١٧٠) .

وإذا كان كل من الأجل والشرط لا يلحق إلا الدين فذلك لأن الدين وحده هو الذى يتصور فيه أن يعيش فى المستقبل نفاذاً أو وجوداً . أما العين فهى إذا كانت موجودة فى الحال ، فلا يتصور أن يرد عليها وصف الأجل فتكون مؤجلة أو وصف الشرط فتكون معلقة ، إذ أن وجودها القائم يتعارض مع التأجيل أو التعليق . وإذا كانت العين معدومة ، فمن الخطر التعامل فى أعيان مستقبلة قبل وجودها ، فإن هذا يخل بثبات التعامل واستقراره .

٣ — ومن ناحية الآثار التى تترتب على العقد ، تقوم أيضا وحدة الزمان، ففى الوقت ذاته الذى يبرم فيه العقد تتولد جميع آثاره . ويقول أهرنج فى هذا الصدد : « لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين صدور التصرف القانونى ونشوء الحق الذى تولد عنه ، كما لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين السبب والمسبب ، وكما لا يمكن أن نتصور فى الميلاد أن الحياة لا تدب فى المولود إلا بعد فترة من الزمن . ففى جميع التصرفات ما بين الأحياء يكون من المستحيل تأخير نشوء الحق . ولا استثناء لهذه القاعدة حتى فى الديون ، فقد رأيناها تولد فى الحال ولو تراخى وقت نفاذها إلى أجل . ومن ثم تخضع لمبدأ الوحدة الآثار التى تترتب على العقد ، شأنها فى ذلك شأن شروط صحة العقد . فتمام العقد ، وشروط صحته ، والآثار التى تترتب عليه ، وبالجملة جميع العناصر التى يتكون منها العقد ، تتركز كلها فى وقت واحد . والتصرف القانونى وحدة لا تتجزأ » (أهرنج ٤ ص ١٧١) .

وإذا كانت آثار العقد تخضع لمبدأ الوحدة فى الزمان ، فأن هذا يؤدى إلى القول بوحدة الشخص الذى باشر العقد والشخص الذى يلحق به أثر العقد فهذان يجب أن يكونا شخصا واحدا ، ومن باشر العقد يلحق به الأثر ، كما أن من باشر السبب يلحق به المسبب . ومن هنا كان القانون فى القديم لا يعترف

بالنيابة فى التعاقد ، وكانت آثار العقد لا تلحق شخص الأصيل ، بل تلحق شخص النائب لأنه هو الذى باشر العقد .

* * *

ومن المحقق أن أهرنج لم يتصل بالفقه الإسلامى . ولو كان اتصل به كما اتصل بالقانون الرومانى ، اتصال دراسة وتحقيق ، لوجد فيه ميدانا خصبا لصدق نظراته فى الصناعة القانونية ، ولما كان الفقه الإسلامى أقل دلالة على صدق هذه النظرات من القانون الرومانى . ولعل أهرنج كان يغتبط عندما يرى أن ما استخلصه من نظريات فى تطور الصناعة القانونية عن طريق القانون الرومانى يستطيع أن يستخلصه عن طريق النظم القانونية الأصيلة التى نبتت فى بيئات مختلفة بعضها مستقلا عن بعض .

فهذه هى وحدة الصفقة ، ووحدة العقد ، ومجلس العقد ، وامتناع الأعيان عن أن يلحق بها أجل أو شرط ، كل هذه المبادىء إنما هى مراحل مر بها الفقه الإسلامى كما مر بها القانون الرومانى . وهذا قاطع فى الدلالة ، كما قدمنا ، على أن الفقه الإسلامى لم ينقل عن القانون الرومانى ، وألا لكان قد نقله متطورا ، ولما اضطر إلى اجتياز مراحل التطور نفسها التى اجتازها القانون الرومانى .

لقد كان أهرنج ليس فقيه القانون الرومانى فحسب ، بل وفقيه النظم القانونية الأصيلة التى لا تقل فى الأصالة وعراقة التطور عن القانون الرومانى . لقد كان فقيه القانون العالمى للبشر ، وهذا مجد جديد لأهرنج لم يكن يحسب حسابه .

(ب) تطور الفقه الإسلامى فى الشروط المقترنة بالعقد

تطور الفقه الإسلامى فى المذاهب الأربعة :

على أن الفقه الإسلامى لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانونى ، بل خطا خطوات واسعة فى طريق التطور . تطور فى المذهب

الحنفى نفسه وفى مذهب الشافعى ، وتطور تطوراً أسرع فى المذهبين المالكى والحنبلى .

١ — تطور الفقه الاسلامى فى المذهب الحنفى

رأينا مما قدمناه من نصوص الفقه الحنفى أن فقهاء هذا المذهب، بالرغم من أنهم يقررون كمبدأ عام وجوب وحدة الصفقة ، يحدثون مع ذلك فى هذا المبدأ ثغرات هامة ، فيدفعون المذهب إلى طريق من التطور يوطىء أكنافه، ويوسع ماضاق منه ، سداً لحاجات التعامل .

١ — فأول مايقررونه - لا على سبيل الاستثناء من المبدأ بل مطاوعة لطبائع الأشياء - أن الشرط الذى يقتضيه العقد هو شرط صحيح يصح معه العقد . وبديهى أن مايقررون من ذلك غنى عن أن يذكر، فأن مايقتضيه العقد صحيح معمول به ، سواء ذكر فى صورة شرط أو لم يذكر أصلا . ولكنهم لايقصدون من تقرير هذه القاعدة الحكم فى ذاته ، بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية من مبدأ وحدة الصفقة ، فيبنون على هذه القاعدة الأولى قاعدة أخرى .

٢ — ومن ثم يقررون أن الشرط الذى يلائم العقد ، وإن لم يكن العقد يقتضيه صورة ، هو من مقتضى العقد حقيقة ، فيلحق بالشرط الذى يقتضيه العقد ، ويكون استحساناً شرطا صحيحا يصح معه العقد ، وقد سبق بسط هذه المسألة فى تفصيلاتها وما ورد فيها من الأمثلة .

٣ — ثم ينتقلون بعد ذلك إلى شرط جرى به التعامل ، وهذا هو الباب الواسع الذى يدخل منه التطور السريع . فيجيزون شرطا فيه منفعة مطلوبة ، دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد ، إذا كان التعامل قد جرى به . فيصح الشرط فى هذه الحالة استحسانا ويصح معه العقد .

٤ — ثم يقررون أن الشرط الذى ليست فيه منفعة مطلوبة لا تتحقق

فيه معنى الصفقة ، ولا يجعل العقد ينطوى على صفقتين ، ومن ثم يلغو الشرط لعدم إمكان المطالبة به ، ولكن يبقى العقد صحيحا .

٥ — ثم أنهم فى الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد — وهذا هو الشرط الفاسد الذى يجعل العقد متعدد الصفقة — يميزون بين أنواع العقود المختلفة : فيقصرون تحريم الصفقتين فى الصفقة الواحدة على عقود المعاوضات المالية(١) دون التبرعات والأسقاطات والإطلاقات والتقييدات على ما قدمنا . ففى المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد الصفقة كاملا ، أما فى غير المعاوضات المالية فالأمر يختلف ، إذ يمكن إلغاء الشرط الفاسد دون أن يمس ذلك كيان العقد الأصلى . فيلغو الشرط ويصح العقد .

هذه هى حلقات متلاصقة فى سلسلة من الاستثناءات أوردها المذهب الحنفى على مبدأ ضيق هو مبدأ وحدة الصفقة ، فوسع فيه ، وأنقذ كثيراً من ضروب التعامل ، وخطا خطوات محسوسة فى طريق التطور . وكل هذا باسم الاستحسان ، هذا المصدر الخصب الذى كان من أهم أسباب تطور المذهب الحنفى .

٢ — تطور الفقه الاسلامى فى المذهب الشافعى :

ومذهب الشافعى يقرب كثيراً من المذهب الحنفى فى الأصل الذى تمسك به وهو منع تعدد الصفقة ، وفى الاستثناءات التى أوردها على الأصل .

---

(١) وحتى فى عقود المعاوضات المالية لجأ الفقه الحنفى إلى الحيل فى إباحة الشرط . فاذا أراد المؤجر أن يشترط على المستأجر مرمة الدار المؤجرة وعمارتها أو دفع مايجب على الأرض من الخراج أو شراء ماتحتاج اليه الدابة من الطعام ، فالحيلة فى ذلك أن يزاد الأجر بقدر ماتحتاج اليه الدار من العمارة أو مايجب على الأرض من الخراج أو ما يلزم الدابة من العلف ، ثم يأذن المؤجر للمستأجر فى صرف ذلك القدر الزائد فى العمارة أو الخراج أو النفقة . وإذا أراد المشترى أن يشترط ترك الثمار المبيعة على الأشجار إلى أن يتم نضجها ، فالحيلة فى ذلك أن يأخذ المشترى الأشجار بطريق المساقاة على أن يكون للبائع جزء من ألف جزء مثلا (من رسالة الأستاذ زكى الدين شعبان المخطوطة ص ٧١ هامش رقم ١) .

فالشرط الذى يقتضيه العقد صحيح بداهة ، لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر .

والشرط الذى يلائم العقد ، ويدعى فى الفقه الشافعى بالشرط الذى فيه مصلحة العقد أو الشرط الذى تدعو إليه الحاجة ، صحيح أيضاً ويصح معه العقد ، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر فى المذهب الحنفى ، بل هو أصل يقوم بذاته ، وقد تقدم بيان ذلك . ومن أمثلة الشرط الذى فيه مصلحة للعقد اشتراط الأشهاد على العقد واشتراط كتابته فى صك ، واشتراط الرهن او الكفيل بالثمن .

ولعل الفقه الشافعى لا يميز بين الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل ، فهما عنده شىء واحد . إذ هو يتحدث عن الشرط الذى يلائم العقد تحت اسم الشرط الذى فيه مصلحة للعقد او الشرط الذى تدعو إليه الحاجة ، ولا يورد امثلة خاصة للشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل .

ثم ان الفقه الشافعى يذهب إلى ان الشرط الذى لا غرض فيه ولا منفعة منه يلغو ويصح العقد .

ويتمسك الفقه الشافعى بعد ذلك بالأصل المعروف ، فيمنع البيع والشرط ، ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد . فلا يجوز أن يشترى زرعا ويشترط على البائع أن يحصده ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخيطه ، ولا يجوز أن يبيع داراً بألف على أن يقرضه المشترى قرضاً بمائة . ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافى مقتضى العقد ، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلا ، أو ألا يبيعها حتى يمضى شهر من وقت حلول الدين ، أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء ، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان مازاد من قيمتها على الدين ، ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن

يكون له نصيب فى الربح دون الخسارة ، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح فقد لاتربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد لاتربح شيئاً ، ولايجوز أن يشترط رب المال فى القراض أن يكون رأس المال فى يده ، أو أن يشترك مع العامل فى التجارة ، أو أن تكون يد العامل يد ضمان . ويمنع الفقه الشافعى البيعتين فى بيعة ، ويتأول الحديث الوارد فى النهى عن ذلك على وجهين لايجيز أيا منهما ، فلا يصح أن يشترى بألف نقداً أو بألفين نسيئة ، كما لايصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشترى أو أجنبى الدار بألفين.

ويبدو أن الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يبطل ، فى مذهب الشافعى ، المعاوضات والتبرعات على السواء (١) .

ويتبين مما تقدم أن مذهب الشافعى قد تطور على نحو يكاد يضاهى فيه المذهب الحنفى ، وأن كان يتسع عنه فى جهة ويضيق دونه فى جهة أخرى (٢) .

---

(١) أنظر رسالة الأستاذ زكى الدين شعبان المخطوطة ص ٩٠

(٢) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الشافعى فى المعانى التى قدمناها . جاء فى نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى (جزء ٣ ص ٤٣٣ — ص٤٤٤) : « (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم) ... عن بيعتين فى بيعة ، رواه الترمذى وصححه ، بأن يقول بعتك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة ، فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان ، للجهالة ... أو بعتك ذا العبد مثلا بألف على أن تبيعنى أو فلان دارك بكذا أو تشترى منى أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد — وعن بيع وشرط ، كبيع بشرط كما مر ، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة ... ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده .. البائع ، أو ثوباً ويخيطه البائع . . فالأصح بطلانه .. بل الأوجه البطلان هنا قطعاً كما علم من قوله بيع أو قرض إذ هما مثالان ، فبيع بشرط أجارة أو أعارة باطل لذلك . . ولو اشترى حطباً مثلا على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وأن عرف المنزل لأنه بيع بشرط ، وأن أطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله ولو اعتيد بل يسلمه له فى موضعه .. ويستثنى من النهى عن بيع وشرط .. الرهن للحاجة إليه لا سيما فى معاملة من لا يعرف حاله .. والكفيل للحاجة إليه أيضاً .. ولو باع عبداً أى رقيقاً بشرط إعتاقه عن المشترى أو أطلق ، فالمشهور صحة البيع والشرط لخبر بريرة المشهور ولتشوف الشارع للعتق ، على أن فيه منفعه للمشترى فى الدنيا بالولاء وفى الآخرة بالثواب وللبائع بالتسبب فيه . والثانى لايصحان كما لو شرط بيعه أو هبته ، وقيل يصح البيع دون الشرط كما فى النكاح ، أو لو شرط إعتاقه عن البائع أو أجنبي فلا يصح لأنه ليس فى المعنى ما ورد به الخبر ، وخرج باعتاق المبيع شرط =

٣ — تطور الفقه الاسلامى فى المذهب المالكى :

التطور فى المذهب المالكى أبعد مدى من التطور فى المذهب الحنفى وفى مذهب الشافعى :

وقد تطور الفقه الإسلامى فى مذهب مالك تطوراً أبعد مدى من تطوره

= إعتاق غيره فلا يصح البيع معه لانتفاء كونه من مصالحه .. ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب صح .. أو شرط مالا غرض فيه أى عرفا .. كشرط ألا يأكل أو لا يلبس ألا كذا ولو حريرا صح العقد ولغا الشرط .. ولو باعه إناء بشرط ألا يجعل فيه محرماً ، أو سيفاً بشرط ألا يقطع به الطريق ، أو عبداً بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز ، صح البيع ، ويقاس به ما فى معناه . ولو شرط البائع مع موافقة المشترى حبس المبيع بثمن فى الذمة حتى يستوفى الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم ، صح لأن حبسه حينئذ من مقتضيات العقد ، بخلاف مالو كان مؤجلا أو حالا ولم يخف فوته بعد التسليم لأن البداءة حينئذ فى التسليم بالبائع . وأن شرط وصفا يقصد ، كـكون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة حاملا أو لبونا .. صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التى يختلف بها الأغراض ، ولأنه التزم موجودا عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل فى النهى عن بيع وشرط وإن سمى شرطا تجوزا فان الشرط لا يكون إلا مستقبلا ، ويكفى أن يوجد من الوصف المشروط ما ينطلق عليه الإسم ، إلا إن شرط الحسن ، فى شيء فانه لا بد أن يكون حسناً عرفا وألا تخير . ولو قيد بحلب أو كتابة شيء معين كل يوم بطل ، وأن علم قدرته ... » .

وجاء فى المهذب (جزء ١٠ ص ٣٦٨) : « إذا شرط فى البيع شرطاً نظرت . فان كان شرطا يقتضيه البيع ، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله . فان شرط مالا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة ، كالخيار والأجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد ، لأن الشرع ورد بذلك .. ولأن الحاجة تدعو اليه ، فلم يفسد العقد . فان شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد ، لأن عائشة رضى الله عنها إشترت بريرة لتعتقها ، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق ... فان شرط ماسوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى العقد ، بأن باع عبداً بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه ، أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة ، أو ثوبا بشرط أن يخيطه له ، أو فلعة بشرط أن يحذوها له ، بطل البيع ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط ، وروى أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن ، فاستفتى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ؛ فقال لا تقربها وفيها شرط لأحد ، وروى أن عبدالله اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال له عمر رضى الله عنه لا تقربها وفيها مثنوية ، ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد ، كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع » .

فى مذهبى أبى حنيفة والشافعى . فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران ، ثم هو يجيز منها كثيراً مما لا يجيزانه .

وعنده أن الأصل فى الشرط أن يكون صحيحا ويصح معه العقد ، وقد يقع الشرط فاسداً على سبيل الاستثناء .

ونستعرض فى مذهبه الشرط الصحيح ثم الشرط الفاسد ، وذلك فى شىء من التنسيق والترتيب لا نجـــده عادة فى كتب المذهب ، فهذه تتعدد فيها التقسيمات ويتدخل بعضها فى بعض ، وقد نوه بذلك ابن رشد فى بداية المجتهد .

الشرط الصحيح فى مذهب مالك :

الشرط الصحيح فى مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح فى مذهب أبى حنيفة :

(أ) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفى هذا يتفق المذهبان . فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشترى الثمن ، أو اشترط المشترى أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب ، أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق فى بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين أو يكون مقدما على سائر الغرماء ، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها .

(ب) ولا يصح فحسب ، فى مذهب مالك ، كل شرط يقتضيه العقد ، بل يصح أيضا كل شرط لا يناقض مقتضى العقد . وفى هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبى حنيفة ، إذ يدخل فى حكم الصحة عند مالك الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى جرى به التعامل وهما صحيحان فى مذهب أبى حنيفة ، ويدخل أيضا الشرط الذى فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد ، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعا للتعامل ، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبى حنيفة .

فيصح فى المذهبين أن يشترط البائع على المشترى تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه بالثمن . وهذا الشرط يلائم مقتضى العقد ولا يقتصر على عدم مناقضته .

ويصح فى مذهب مالك دون مذهب أبى حنيفة : ١ – أن يشترط البائع على المشترى أن يعتق العبد المبيع ، أو يقف الأرض المبيعة ، أو يبنى فيها مسجداً ، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى فى المبيع هو من معانى البر . ٢ – أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطى الثمن المؤجل ، وفى هذا إيقاع معنى فى المبيع لضمان حق البائع . ٣ – أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة معقولة ، أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب ، أو الثوب ويشترط عليه المشترى أن يخيطه ، أو الحنطة ويشترط عليه المشترى أن يطحنها ، وغير ذلك من الشروط التى فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين .

الشرط الفاسد فى مذهب مالك :

ولا يكون الشرط فاسداً عند مالك إلا فى موضعين : ١ – إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، كما إذا اشترط البائع على المشترى ألا يتصرف فى المبيع ، أو اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع . وسبب فساد الشرط هنا واضح ، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط مادام الشرط يناقض مقتضاه ، أو كما يقول الحطاب وهو شرط « لا يتم معه المقصود من العقد » .

٢ – إذا كان الشرط يخل بالثمن ، وذلك كبيع وسلف أى بيع يتضمن قرضاً ، وكبيع الثنيا وصورته أن يبتاع سلعة على أن البائع متى مارد الثمن فالسلعة له (وهذا هو بيع الوفاء فى القانون الحديث وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط) وكبيع يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشترى السلعة فهو أحق بها بالثمن الذى

باع به للمشترى . وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشترى وقد روعى فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما فى بيع الثنيا ، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشترى كما فى بيع وقرض للمشترى من البائع ، وفى الحالتين تلحق الجهالة بالثمن أو كما يقول الخرشى أن الشرط « يعود جهله فى الثمن أما بزيادة أن كان الشرط من المشترى ، أو بنقص أن كان من البائع » .

والشرط الفاسد يبطل فى جميع الأحوال ، ولا يعمل به . أما أثره فى العقد : (١) فتارة يبطله ؛ (٢) وطوراً يبطل الشرط وحده ويبقى العقد . (٣) وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً ألا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد .

(١) أما أن الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، بحيث إذا أعمل الشرط كان لا بد للعقد حتما من أن يختل . فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب ألا يقبض الموهوب له الهبة ، أو اشترط المقرض أن يرد له المقترض أحسن مما اقترض ، أو اشترط الراهن أن يستبق الرهن تحت يده أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة أو أن الرهن لا يباع ، او اشترط رب المال فى القراض أن يستبق المال تحت يده أو أن يضمنه العامل أو أن يجعل مع العامل أميناً ، أو يشترط الزوج ألا ينفق على الزوجة أو ألا ترثه ، أو تشترط الزوجة أنها بالخيار إلى مدة معلومة أو أن الزوج إذا لم يأت بالمهر فى مدة معلومة فلا زواج .

(٢) وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد ، فيبدو أن ذلك يقع إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط . فما دام العقد لا يختل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى ، أما الشرط فيسقط ، لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد ، فهو أقرب ألى أن يكون مخالفا للنظام العام فى لغة الفقه الغربى . فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا

اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها ، أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع ، أو اشترط البائع ألا حق للمشترى فى حط جزء من الثمن إذا أصابت الثمار آفة، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها.

(٣) وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معاً ألا إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد . فإن ذلك يتحقق فى حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا فى البيع والسلف وبيع الثنيا والبيع مع اشتراط البائع انه أحق بالبيع إذا باعه المشترى . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى فى البيع ليس من معانى البر، وذلك كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه ، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان، وأما إذا خصص ناساً قليلا فيجوز الشرط ويصح البيع .(١)

---

(١) وننقل هنا بعض نصوص الفقه المالكى فيما قدمناه من الأحكام . جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ١٣٣ ــ ١٣٤): «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام، شروط تبطل هى والبيع معاً، وشروط تجوز هى والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع . وقد يظن أن عنده قسما رابعاً ، وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع. وإعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء . وإنما هى راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا فى الملك. فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط ، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع . ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح . وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة ، واحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى . وتفصيله فى ذلك أن قال : أن الشروط فى المبيع تقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشترى ، فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثانى أن يشترط عليه شرطاً يقع فى مدة الملك ، وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام : أما أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه ، وأما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص ، وأما أن يشترط إيقاع معنى فى المبيع . وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معانى البر ، والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شىء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة

تقرير مذهب مالك :

ولا شك فى أن الفقه الإسلامى ، فيما يتعلق باقتران العقـــد بالشرط ، قد تطور فى مذهب مالك تطوراً ملحوظاً نحو الإباحة . فالمذهب المالكى

يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وأما أن يشترط منها من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو لا يبيعها. وأما ان يشترط معنى من معانى البر مثل العتق ، فان كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وأن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه .. وأما أن اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل ألا يبيعها فذلك لايجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع ، فأنه لايجوز عند مالك ، لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف ، إن جاء بالثمن كان سلفاً وإن لم يجىء كان بيعاً . . واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ... ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة ، واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء ، وأجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم » .

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٥) : « أن من البيوع المنهى عنها البيع والشرط فقد روى عبد الحق فى أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . قال ابن عرفه لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق . وحمله أهل المذهب على وجهين ، أحدهما الشرط الذى يناقض مقتضى العقد ، والثانى الشرط الذى يعود بخلل فى الثمن . وأما الشرط الذى يناقض مقتضى العقد فهو الذى لا يتم معه المقصود من البيع ، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب ، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان » وأما إذا خصص ناساً قليلا فيجوز ... سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لايبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن ، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى . ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة ، قال فى كتاب بيوع الآجال من المدونة : ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له ، لم يجز ذلك ، لأنه بيع وسلف ، قال سحنون بل سلف جر منفعة .. يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تنجيز العتق فأنه جائز لحديث بريرة ، وقال فى المدونة لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر ، واحترز بالتنجيز من التدبير والعتق إلى أجل وأن يتخذ الأمة أم ولد فأن ذلك لايجوز ... وصح البيع أن أسقط السلف مشترطه »

وجاء فى الخرشى (جزء ٥ ص ٨٠ ـ ٨١) : « قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وحمل أهل المذهب النهى على شرط يناقض أو يخل بالثمن ... كالا يبيع عموماً أو الا من نفر قليل ، أو لا يهب ، أو لايخرج بها من البلد ، أو على أن يتخذها أم ولد ... أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن ... وبقى شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة ، =

– خلافاً للمذهبين الحنفي والشافعي – يجيز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التي ترجع في المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة.

ثم أن الشرط الفاسد عند مالك لا يجاوز في أكثر صورة منطقة معقولة، وهذا واضح في الشرط الفاسد الذي يبطل العقد والشرط الفاسد الذي يبطل وحده ويبقى العقد.

أما الشرط الفاسد الذي يبطل ويبطل العقد معه ألا إذا نزل عنه المشترط، فهو في إحدى صورتيه، وهي صورة المنع من التصرف في المبيع، لا يجاوز أيضاً حدوداً معتدلة، أذ الشرط يصح إذا قيد بقيود معقولة كما إذا نهى البائع المشتري عن التصرف لناس قليلين وترك باب التصرف مفتوحاً لأكثر الناس، ويصح كذلك إذا كان له مسوغ مشروع كما إذا اشترط البائع ألا يتصرف المشترى في المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل وكما إذا كان المنع من التصرف يتضمن إيقاع معنى في المبيع هو من معاني البر.

تبقى الصورة الأخرى لهذا الشرط الفاسد، وهي التي يخل فيها الشرط بالثمن كما في بيع وسلف، ففي هذه نرى مذهب مالك قد وقف جامداً، ولم يتابع التطور إلى غايته. وكأنه اصطدم هنا بمبدأ وحدة الصفقة فلم يستطع أن يتخطاه في البيع والسلف، فإن العقد الذي يتضمن بيعاً وسلفاً، لا يتميز في الواقع من الأمر الا بأنه عقد واحد تضمن صفقتين.

= كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع، وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد، وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطى الثمن لأنه بمنزلة الرهن إذا كان اعطاء الثمن لأجل مسمى... أو يخل بالثمن كبيع وسلف... ومعنى إخلاله بالثمن بأن يعود جهله في الثمن أما بزيادة إن كان الشرط من المشترى أو نقص إن كان من البائع، كبيع وسلف من أحدهما، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول... وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع».

أنظر أيضاً الدسوقي على الدردير جزء ٣ ص ٦٥ – ٦٧.

٤ — تطور الفقه الاسلامى فى المذهب الحنبلى

المذهب الحنبلى أبعد المذاهب تطوراً فى تصحيح الشروط :

ولعل أبعد تطور للفقه الإسلامى فى مسألة اقتران الشرط بالعقد كان فى مذهب أحمد بن حنبل ، لاسيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية وهو من أكبر فقهائه .

فالمذهب الحنبلى ، كالمذهب المالكى ، تخطى مبدأ وحدة الصفقة ، ولم يتقيد بهذا المبدأ كما تقيد به المذهبان الحنفى والشافعى ، ومن ثم استطاع أن يسير أشواطاً بعيدة فى طريق التطور .

والحنابلة ، كالمالكية ، الأصل عندهم فى الشرط أن يكون صحيحا ويصح معه العقد ، بل هم يسيرون فى هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية فى تصحيح الشروط . ويقع الشرط عند الحنابلة فاسداً ، على سبيل الاستثناء ، إذا كان ينافى مقتضى العقد ، أو كان قد ورد بالنهى عنه نص خاص .

فنستعرض فى المذهب الحنبلى الشرط الصحيح ، ثم الشرط الفاسد ، ثم ننظر ما أضاف ابن تيمية إلى المذهب من مزيد توسعة فى تصحيح الشروط .

الشرط الصحيح فى مذهب الحنابلة :

الأصل فى مذهب الحنابلة ، كما قدمنا ، هو أن يكون الشرط صحيحاً . ونساير صاحب المغنى(١) فى الترتيب الذى جرى عليه فى استعراض الشروط :

---

(١) جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام : (أحدها) ماهو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض فى الحال ، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر فى العقد . (الثانى) تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة فى المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . ولا نعلم فى صحة هذين القسمين خلافا . (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافى مقتضاه ، وهو نوعان : أحدهما اشتراط منفعة البائع فى المبيع ، فهذا قد مضى ذكره . الثانى أن يشترط عقدا فى عقد . . . (الرابع) اشتراط ما ينافى مقتضى العقد . . . » .

(ا) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفى هذا تتفق المذاهب الأربعة. فيصح اشتراط المشترى التسليم على البائع ، والتقابض فى الحال ، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس ، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد ، وهى معمول بها حتى لو لم تشترط .

(ب) ويصح أيضاً كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين ، كالرهن والضمين والشهادة . وفى هـــذا أيضاً تتفق المذاهب الأربعة .

(جـ) ويصح أخيراً الشرط الذى ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، ولكنه لاينافى مقتضى العقد . وهنا نلحظ المدى البعيد من التطور الذى سار فيه المذهب الحنبلى كما لحظنا ذلك فى مذهب مالك ، وهذا خلافاً لمذهبى أبى حنيفة والشافعى . فما دام الشرط لاينافى مقتضى العقد فهو فى الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه ، وسواء لاءم مقتضى العقد أو لم يلائمه . والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة ، وفى هذا يتخطى المذهب الحنبلى مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكى ، بل هو ينكر صحة الحديث الذى نهى عن بيع وشرط . ثم أنه لاحاجة فى صحة الشرط إلى جريان التعامل به ، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفى .

ومن ثم نرى المذهب الحنبلى ، خلافاً لمذهبى أبى حنيفة والشافعى ، يصحح أكثر الشروط التى فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصححها المذهب المالكى . ونورد ما جاء فى هذا الصدد فى الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٤٩ — ص ٥١) : « والثالث أن يشترط نفعاً معلوما فى المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم ، أو يشترط المشترى نفع البائع فى المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله . ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها سنة ، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة ، نص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعى وأبى ثور

وأسحاق وابن المنذر . وقال الشافعى وأصحاب الرأى لايصح ، لأنه روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . . . ولنا ماروى جابر أنه باع النبى صلى الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره إلى المدينة . . . ولم يصح نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وإنما نهى عن شرطين فى بيع فمفهومه إباحة الشرط الواحد . . . ويصح أن يشترط المشترى نفع البائع فى المبيع ، مثل أن يشترى ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً ، أو بغلة ويشترط حذوها نعلا ، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم » .

ويتوسع المذهب الحنبلى فى إباحة الشروط فى عقد الزواج بوجه خاص ، ويفوق فى ذلك سائر المذاهب وفيها مذهب مالك نفسه . فيجوز فى الزواج من الشروط ما يكون فيه للزوجين منفعة مقصودة ما دامت لا تعارض الشرع ولا تنافى المقصود من عقد الزواج . ويقول ابن تيمية (الفتاوى ٣ ص ٣٢٧ وص ٣٣٢ - نظرية العقد ص ١٥٥) فى ذلك : « ويجوز أحمد أيضاً فى النكاح عامة الشروط التى للمشترط فيها غرض صحيح ، لما فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : أن حق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » . فلا يقتصر مذهب أحمد على أن يكون لكل من الزوجين أن يشترط فى الآخر صفة يصح قصدها ، فيشترط الزوج فى زوجته البكارة أو الجمال مثلا ، وتشترط الزوجة فى زوجها المال أو حرفة معينة أو مورداً معيناً من العيش ، ويكون للمشترط أن يفسخ الزواج إذا فات عليه ما اشترطه ، ولا فرق فى هذا أن يكون المشترط هو الرجل أو المرأة ، وهذا هو أصح روايتى أبى أحمد ، وأصح وجهى أصحاب الشافعى وظاهر مذهب مالك (ابن تيمية : الفتاوى ٣ ص ٣٤٦ – نظرية العقد ص ١٥٦ — ١٥٧) . بل يجوز أيضاً فى مذهب أحمد أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها ، أو من دارها ، أو ألا يتسرى ، أو ألا يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج (نظرية العقد لابن تيمية ص ١٦ وص ٢٤ و ص ١٦١

— ص ١٦٢ والفتاوى ٣ ص ٣٢٧) . وقد رأينا أن هذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك .

الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة :

ولا يكون الشرط فاسداً عند الحنابلة إلا في موضعين :

(١) إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد . مثل ذلك أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه ، أو يشترط عليه أن أعتقه أن يكون الولاء للبائع . فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد ، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه ، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه ، وإذا كان رقيقاً فأعتقه فأن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتق . بقي أن يشترط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، فهل يصح الشرط ؟ في المذهب روايتان ، إحداهما الشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد شأنه في ذلك شأن ماقدمناه من الشروط ، والرواية الأخرى الشرط صحيح لحديث بريرة المعروف .

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع بالثمن . ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري ، لأنه يكون بذلك قد اشترط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه ، فهو كما لو اشترط ألا يبيعه إلا من فلان ، وهذا يقيد حرية المشتري في التصرف فينافي مقتضى العقد . وقيل أيضاً في مذهب أحمد أن هذا الشرط يتضمن شرطين ، فيكون غير جائز على ما سنرى ، لأن البائع شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول ، فهما شرطان (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص ٥٥) .

وقد رأينا أن هذا الشرط غير جائز في المذهب المالكي لأنه يخل الثمن .

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد أيضاً ما جاء في الشرح الكبير على

المقنع (جزء ٤ ص ٥٨) : « وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن على خمسمائة فباعه بهذا الشرط ، فالبيع فاسد ، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى ، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح ، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره . ولا يشبه هذا ما لو قال : اعتق عبدك أو طلق مرأتك وعلى خمسمائة ، لكون هذا عوضاً فى مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز فى النكاح . أما فى مسألتنا فأنه معاوضة فى مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لأن العوض على غيره . وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صح البيع ولزم الضمان » .

ولما كان الشرط الذى ينافى مقتضى العقد فاسداً ، فإنه يبطل ولا يعمل به . أما حكم العقد الذى اقترن به الشرط ففيه روايتان : الأولى أن العقد صحيح ، وهذا هو المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى ، فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وللمشترى الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط ، « لأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشترى إنما سمح له بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه ينبغى أن يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا . ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشىء ، كمن شرط رهناً أو ضمينا فامتنع الراهن والضمين ، ولأن ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولا ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحكم لأرباب بريرة بشىء مع فساد الشرط وصحة البيع » (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص٥٥) . والرواية الثانية أن الشرط الفاسد يبطل البيع ، « لأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ، ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشترى كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضى »

« الشرح الكبير ٤ المقنع ٤ ص ٥٤) (١) .

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيراً في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد . ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد ، فتارة يبطل الشرط والعقد معاً ، وطوراً يبطل الشرط ويستبقى العقد صحيحاً ،

---

(١) وننقل هنا بعض نصوص الفقه الحنبلي فيما قدمناه . جاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٨٦) : « الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، وهو على ضربين : أحدهما اشتراط ما يبنى على التغليب والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين : أحداهما يصح ، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ... وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها كذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء ... الشرط الثاني أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو أن غصبه غاصب يرجع عليه بالثمن ، وأن أعتقه فالولاء له ، فهذه وأشباهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين : قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي هنا ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور . والثانية البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي » .

وجاء في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٥٤ – ٥٥) : « قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه ، فالقول به يجب . فان قيل المراد بقوله « اشترط لهم الولاء » أي عليهم بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد ، قلنا لا يصح هذا التأويل بوجهين . أحدهما أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه . الثاني أنهم أبوا البيع ألا أن يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها . وأما أمرها بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الإشتراط وتركه ، كقوله تعالى استغفر لهم أو لا تستغفر لهم ، وقوله أصبروا أو لا تصبروا ، والتقدير اشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي ، ولهذا قال عقيبه فإنما الولاء لمن أعتق ... إلا إذا شرط العتق ، ففي صحته روايتان . أحداهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ألا يبيعه ، ولأنه شرط إزالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، إنما أخبرتهم انها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها » .

وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلا إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وقد مر ذكر ذلك .

(ب) ويكون الشرط فاسداً أيضاً إذا ورد فى النهى عنه نص خاص . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة وعن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف ، وقال عليه السلام : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا بيع ماليس عندك » . فهناك إذن نص خاص فى النهى عن الجمع بين شرطين فى العقد ، وفى النهى عن الجمع بين بيع وسلف .

أما الجمع بين شرطين فى العقد فممنوع فى مذهب أحمد كما قدمنا . والشرطان المنهى عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائماه ، ولو إنفرد أى منهما كان صحيحاً . مثل ذلك من اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته ، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله . فاجتماع الشرطين فى العقد يبطل الكل : الشرطان باطلان والعقد باطل . أما أن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مما يلائم العقد ، مثل أن يبيعه بشرط الرهن أو الضمين وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر فى العقد وإن كثر [1] .

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضاً . ومعناه فى مذهب أحمد أن يشرط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقداً ثانياً مستقلا فى مقابل العقد الأول ، وليس معناه مجرد اجتماع صفقتين فى عقد واحد ، فقد قدمنا أن مجرد اجتماع صفقتين فى عقد واحد يجوز كما إذا اشترط سكنى الدار أو حمل الحطب أو خياطة الثوب . وقد جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والثانى

---

(١) الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٥٢ — ٥٣ وقد جاء فيه (ص ٥٣) بعد ذلك : « ولم يفرق الشافعى وأصحاب الرأى بين الشرط والشرطين ، ورووا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأن الصحيح لا يؤثر فى البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد . والحديث الذى رويناه يدل على الفرق ، ولأن الغرر اليسير إذا احتمل فى العقد لا يلزم احتمال الكثير ، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ، ولا نعرفه مروياً فى مسند ، فلا يعول عليه » .

أن يشترط عقداً فى عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشترى منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشترى ». ثم جاء فى ص ٢٩٠ — ص ٢٩١ : « ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه ، أو شرط المشترى ذلك عليه ، فهو محرم والبيع باطل . وهذا مذهب مالك والشافعى ولا أعلم فيه خلافاً ، ألا أن مالكا قال أن ترك مشترط السلف السلف صح البيع . ولنا ماروى عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن وعن بيع مالم يقبض وعن بيعتين فى بيعة وعن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف . أخرجه أبو داوود الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وفى لفظ لا يحل بيع وسلف. ولأنه أشترط عقدا فى عقد ففسد كبيعتين فى بيعة، ولأنه إذا أشترط القرض زاد فى الثمن لأجله فتصير الزيادة فى الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك ربا محرم ، ففسد كما لو صرح به ، ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما » . هذا ويحتمل أن يبطل الشرط وحده ، ولكن المشهور فى مذهب أحمد أن هذا الشرط الفاسد يبطل العقد .

ويبدو أن المذهب الحنبلى ، فى منعه الجمع بين شرطين فى العقد والجمع بين بيع وسلف، أنما يحتفظ ببقايا من مبدأ وحدة الصفقة، كما فعل المذهب المالكى فى منعه الجمع بين بيع وسلف . وإنما تخطى المذهبان الحنبلى والمالكى مبدأ وحدة الصفقة فى البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير ، وهو تابع للعقد ومتمم له ، فلا يخل بوحدته إخلالا جسيما . أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح ، بأن اجتمع فى العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد أو بأن اجتمعت صفقتان متقابلتان فى عقد واحد عند أحمد و مالك، فهذا تعدد جسيم فى الصفقة لا يجـــوز احتماله ، وما احتمل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير .

فالمذهبان المالكى والحنبلى وقفا جامدين هنا ، ولم يتخطيا مبدأ وحدة الصفقة تخطيا تاما ولم يجيزا تعدد الصفقة فى صورته السافرة . وننظر الآن ماذا فعل ابن تيمية .

استكمال المذهب الحنبلى بأقوال ابن تيمية :

يقول ابن تيمية « أن الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها ألا مادل على تحريمه وأبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى اكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه ، لكن احمد اكثر تصحيحا للشروط ، فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه (فتاوى ابن تيمية ٣ ص ٣٢٦ وص ٣٢٩ وما بعدها).

ويستدل ابن تيمية لصحة مايقول بالنقل والعقل . اما النقل فلقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولقوله عليه السلام « والمسلمون على شروطهم ، ألا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » . وأما العقل فأنه يقول : « أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية — أى ليست من العبادات — والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم . كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى « وقد فصل لكم ماحرم عليكم » عام فى الأعيان والأفعال . وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، لأن الفساد أنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة » (الفتاوى ٣ ص ٣٣٤) . فالوفاء بالشرط إذن واجب بالنقل والعقل ، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختارا ، فأن الأصل فى العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هى ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، لقوله تعالى « ألا أن تكون تجارة عن تراض » ، وقال « فان طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئا » ، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له . وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات، قياسا بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن.

وكذلك قوله تعالى « ألا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط فى التجارة إلا التراضى وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ، ثبت حله بدلالة القرآن ، ألا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة فى الخمر ونحو ذلك (الفتاوى ٣ ص ٣٣٦ - ٣٣٧)

ويستخلص ابن تيمية من هذه المقدمات أن الأصل فى الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، سواء كان ذلك فى المعاوضات أو فى التبرعات. ففى المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهراً أو ينتفع بزراعة الأرض سنة ، ويجوز للمشترى أن يشترط على البائع أن يخيط له الثوب أو يحمل المبيع إلى داره أو يحصد الزرع ، ويجوز أن يشترط البائع إذا باع الرقيق أن يعتقه المشترى؛ ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق لأن هذا شرط يحلل حراماً . وفى التبرعات يجوز لمن أعتق عبداً أن يشترط عليه أن يخدمه طول حياته ، حياة العبد أو السيد ، وقد ورد أن أم سلمة أعتقت عبدها سفينة واشترطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم ما عاش (الفتاوى ٣ ص ٣٢٧) . ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو يقفه مدة معينة أو طول حياته (نظرية العقد لابن تيمية ص ١٦ — الفتاوى ٣ ص ٣٨٩ — ص ٣٩٠) . بل يصح أن تكون المنفعة التى استثناها المتبرع وأضافها لنفسه منفعة غير معلومة ، إذ يجوز فى التبرعات من الغرر ما لا يجوز فى المعاوضات كما تقدم القول . وفى هذا يقول ابن تيمية : « يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع ، أو تبرع كالوقف والعتق ، أن يستثنى بعض منافعها . فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع . فلابد أن يكون المستثنى معلوما لما روى عن جابر . وإن لم يكن كذلك كالعتق والوقف ، فله أن يستثنى خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف (الفتاوى ٣ ص ٣٤٢ — ص ٣٤٣) .

ويبنى ابن تيمية على ماتقدم أن الشرط لا يفسد إلا على سبيل الاستثناء ، وفى موضعين :

(الأول) إذا كان الشرط ينافى المقصود من العقد ، مثل أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره . ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد فى جميع صوره ، ثم شرط العاقد فيه ماينافى هذا المقصود ، فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فمثل هذا الشرط باطل ، ويقول ابن تيمية فى تفسيره للمعنى المراد بالشرط الذى ينافى المقصود فى العقد وفى تمييزه بين هذا الشرط والشرط الذى يناقض الشرع ، ما يأتى : « أن العقد له حالان ، حال إطلاق وحال تقييد ، ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود . فإذا قيل هذا شرط ينافى مقتضى العقد ، فأن أريد به ينافى العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضره ، وأن أريد ينافى مقتضى العقد المطلق والمقيد إحتاج إلى دليل على ذلك . وإنما يصح هذا إذا أتى فى مقصود العقد ، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد فى جميع صوره وشرط فيه ما ينافى ذلك المقصود ، فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شىء . ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق ، بل هو مبطل للعقد عندنا . والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها قد تنافى مقصود الشارع ، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق ، فإن هذا لا ينافى مقتضى العقد ولا مقصوده فإن مقصوده الملك ، والعتق قد يكون مقصوداً للعقد فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً . فثبوت الولاء لا ينافى مقصود العقد ، وإنما ينافى كتاب الله وشرطه كما بينه النبى صلى الله عليه وسلم بقوله : كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق . فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغوا ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله . فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما ، إذا لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله ، فلا وجه لتحريمه بل الواجب حله ، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه ، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه فيباح لما فى الكتاب والسنة مما يرفع الحرج » .

(الثانى) الشرط الذى يناقض الشرع فيحل الحرام ، ويبدو أن ابن تيمية يبدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح . فلا يستطيع الشرط فى منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالا ، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لايبيحه ، كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعتق . وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، كالزيادة فى مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن ، فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحاً ، بل كان تركه هو الأصل المعمول به مادام الشرط الموجب لفعله لم يوجد ، وليس فى ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام ، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطاً مشروعا ، ومن ثم يكون صحيحاً . ويقول ابن تيمية فى هذا المعنى ما يأتى : فأن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله . . . وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً .. وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب مالم يكن واجباً .. وكذلك إذا اشترط صفة فى المبيع أو رهناً ، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها ، فأنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط مالم يكن كذلك . وهذا المعنى هو الذى أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط ، قالوا لأنها إما أن تبيح حراما أو تحرم حلالا أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً ، وذلك لايجوز إلا بإذن الشارع . . . وليس كذلك ، بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لايبيحه ، كالزنا وكالوطء فى ملك الغير وكثبوت الولاء لغير المعتق ، فإن الله حرم الوطء إلا بملك نكاح أو يمين ، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة فأنه جائز . وكذلك الولاء نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، وجعل الله الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد . . فهذا أمر لايجوز فعله بغير شرط فلايبيح الشرط ما كان حراما . وأما كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه ، كالزيادة فى المهر والثمن والمثمن والرهن » . .

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لايجعل الشرط فاسدا إلا إذا كان منافياً

المقصود من العقد وهذا طبيعى ، وإلا إذا كان مناقضا للشرع فيحل حراما وهذا أشبه فى الفقه الغربى بالشرط الذى يخالف القانون أو النظام العام . ولم يعرض ابن تيمية لتحريم إجتماع الشرطين ولا لتحريم إجتماع البيعتين فى بيعة أو اجتماع البيع والسلف . ومن ثم يكون تطور الفقه الإسلامى فى تصحيح الشروط قد وصل على يد ابن تيمية إلى غاية تقرب مما وصل إليه الفقه الغربى الحديث .

٥ — مقارنة مابين المذاهب الأربعة فى تصحيح الشروط المقترنة بالعقد

مقارنة إجمالية :

يتبين مما قدمناه أن المذاهب الأربعة ، من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ، يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسين :

١ — قسم يضيق فى تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة ، فلا يبيح إلا شرطا اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل ، وهذان هما المذهب الحنفى والمذهب الشافعى(١) .

---

(١) على أن المذهب الذى يحتفظ بمبدأ وحدة الصفقة كاملا ، فلا يبيح الشروط إلا فى أضيق الحدود ، ولا يصحح منها إلا ما ورد نص بصحته ، هو مذهب الظاهرية . جاء فى المحلى لابن حزم . (جزء ٨ ص ٤١٢ — ٤١٣) : « فان ذكر الشرط فى حال عقد البيع ، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، أى شرط كان لا تحاش شيئاً ، إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت فى البيع ، وهى : اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى ، واشتراط تأخير الثمن ... إلى أجل مسمى ، واشتراط إداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكرا اجلا ، واشتراط صفات المبيع التى يتراضيانها معاً ... واشتراط ألا خلابة ، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشترى مالهما أو بعضه ... وبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشترى الثمرة لنفسه ... فهذه ، ولا مزيد . وسائرها باطل كما قدمنا ، كمن باع مملوكا بشرط العتق أو أمة بشرط الإيلاد أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة ... أو داراً واشترط سكناها ... وأما تصحيحنا الشروط السبعة التى ذكرنا فانها منصوص على صحتها . فأما اشتراط الرهن فى البيع إلى أجل غير مسمى ، فلقوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة — وأما اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى ، فلقول الله تعالى . إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه — وأما اشتراطه الا خلابة » =

٢ – وقسم يتوسع فى تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فيبيح الشروط مالم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع ، وهذان هما المذهب المالكى والمذهب الحنبلى .

فتطور الفقه الإسلامى نحو تصحيح الشروط ، ونبذ مبدأ وحدة الصفقة الذى كان أساسا من أسس الصناعة القانونية فى المراحل الأولى من تطور القانون ، أوضح وأبرز فى القسم الثانى منه فى القسم الأول . على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفى على ضيقه فى تصحيح الشروط وتأخره فى التطور من هذه الناحية ، هو أكثر المذاهب تقدما من ناحية تنسيق الصناعة القانونية ، فنظريته فى فساد العقد تفوق فى وضوحها وتسلسلها المنطق نظائرها فى المذاهب الأخرى .

مقارنة تفصيلية :

على أن هناك فروقا تفصيلية ما بين المذهب الحنفى ومذهب الشافعى اللذين ينتظمهما القسم الأول ، وكذلك ما بين المذهب المالكى والمذهب الحنبلى اللذين ينتظمهما القسم الثانى.

فالمذهب الحنفى ومذهب الشافعى يبيحان جميعاً الشرط الذى يقتضيه العقد.ويبيحان كذلك الشرط الذى يلائم العقد ، إلا أن المذهب الحنفى يبيحه

= فقد ذكرنا الخبر فى ذلك .. وأما اشتراط الصفات .. فلقول الله تعالى.ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فنص تعالى على التراضى منهما والتراضى لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة — وأما اشتراط الثمن إلى الميسرة ، فلقوله تعالى : وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ... وأما مال العبد والأمة واشتراطه ، واشتراط ثمر النخل المؤبر ، فلما رويناه ... أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع . ومن باع نخلا قدأبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » . ولا يخفى أن من الشروط السبعة المصححة التى ذكرها ابن حزم ما هو أجل وماهو شرط تعليق وماهو صفة فى المحل ، وليست كلها شروطا مقترنة بالعقد على المعنى الذى سبق أن أوردناه .

استثناء على سبيل الاستحسان ، ومذهب الشافعي يبيحه أصلا لا استثناء . ثم يتميز المذهب الحنفى على مذهب الشافعي بإفساحه المجال للشرط الذى جرى به التعامل ، ويبيحه استحسانا كذلك ، فيدخل العرف من هذا الباب عنصرا مرناً يطور الفقه الإسلامى . أما مذهب الشافعي فلا تكاد تلمح فيـــه باب جريان التعامل مفتوحا ، وإنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد ، ويمزج بينه وبين الشرط الذى يلائم العقد . ولـكن مذهب الشافعي ، من جهة أخرى ، يصحح شروطا لا يصححها المذهب الحنفى ، من ذلك اشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، ومن ذلك ما يشترط الزوج فى زوجته من بكارة أو جمال أو غير ذلك ، وما تشترط الزوجة فى زوجها من مال أو حرفة أو مورد للعيش (١) .

أما المذهبان المالـكى والحنبلى فيصدران جميعا عن مبدأ واحد ، هو أن الأصل فى الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء ، فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ وحدة الصفقة (٢) . وقد يزيد المذهب الحنبلى على المذهب المالـكى فى تصحيح الشروط ، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال : « وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لـكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط . فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه » . فيجوز فى مذهب أحمد مثلا أن تشترط الزوجة على زوجها

---

(١) ولعل الأستاذ زكى الدين شعبان قد قسا على مذهب الشافعي عندما قارنه بالمذهب الحنفى على الوجه الآتى . « الحنفية باعتمادهم العرف فى صحة الشروط التى لا يقتضيها العقد قد فتحوا جزءا كبيرا من باب الشروط أمام المتعاقدين ... والشافعية بتمسكهم بمقتضى العقود ، وتشددهم فى ذلك ، وابطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى — وإن كان لا يخالفه — وافسادهم الشروط المتعارفة ، قد ضيقوا من باب الشروط أكثر من غيرهم ، حتى أنه يمكننا القول بأن الشافعية يقتربون من أهل الظاهر فى هذه المسألة » (رسالة الأستاذ زكى الدين المخطوطة ص ١٠٥) .

(٢) ويقول الأستاذ زكى الدين شعبان فى رسالته المخطوطة (ص ١٠٥) : « والمالـكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التى لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد — وإن كانت لا توافق ذلك المقتضى — قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة » .

ألا يخرجها من بلدها أو من دارها ، أو ألا يتسرى ، أو ألا يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج . وهذه الشروط غير جائزة فى مذهب مالك .

ولكن التميز الحقيق للمذهب الحنبلى على المذهب المالكى ليس فى الشروط الصحيحة ، وإنما هو الشروط الفاسدة . على أننا إذا أخذنا المذهب الحنبلى كما كان قبل أن يجدد فيه ابن تيمية ، لما كاد يتميز عن المذهب المالكى فى ذلك . فنى المذهبين يفسد الشرط إذا كان مناقضا لمقتضى العقد ، أو كان صفقة أخرى تقابل الصفقة الأصلية كبيع وسلف ، فيخل الشرط بالثمن كما يقول المذهب المالكى ، أو ينهى عن الشرط نص خاص كما يقول المذهب الحنبلى . وفى هذا النوع الثانى من الشرط الفاسد نلمح فى المذهبين أثراً لمبدأ وحدة الصفقة ، فهما يستبقيان هذا المبدأ فى صورة من صوره ، بل أن المذهب الحنبلى يزيد على المذهب المالكى بتحريم اجتماع الشرطين فى عقد واحد . أما إذا أخذنا المذهب الحنبلى بعد تجديد ابن تيمية ، فإننا نراه يتقدم تقدماً كبيراً فى التطور ، فينبذ مبدأ وحدة الصفقة ، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة ، فلا يكون الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد ، أو إلا إذا كان مناقضاً للشرع أى إلا إذا كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب .

فيقترب المذهب الحنبلى على هذا النحو كثيراً من الفقه الغربى ، فى الفقه الغربى كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطا مستحيلا أو شرطا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب فيلغو الشرط ويصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً . فالفقه الغربى كما نرى قد تحرر نهائياً من ربقة مبدأ وحدة الصفقة الذى كان يسود الصناعة القانونية فى المراحل الأولى من تطور القانون . ويكاد يضاهيه فى ذلك المذهب الحنبلى ، فقد تطور تطوراً كبيراً ، وبخاصة على يد ابن تيمية كما سبق القول .

أما بلوغ التطور إلى غايته القصوى ، وإباحة الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ونبذ مبدأ وحدة الصفقة نبذاً تاماً باعتباره من مخلفات الصناعة القانونية القديمة وقد تخطته النظم القانونية الحديثة ، فنرى ذلك كله فى تعديل سبق أن أدخل على مجلة الأحكام العدلية فى عهد العثمانيين (١) ، ثم نراه فى صورة أكثر بروزاً فى التقنين المدنى العراقى الجديد ، حيث تنص المادة ١٣١ منه على ما يأتى :

« ١ — يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة » .

« ٢ — كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ، إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب ، وإلا لغا الشرط وصح العقد ، مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً » .

---

(١) وكان ذلك بإدخال مادة جديدة على الوجه الآتى . « البيع بشرط يعود نفعه على أحد العاقدين صحيح ، والشراء معتبر . فإذا باع البائع فرساً على أن يركبها مدة كذا ، أو اشترى المشترى شيئاً مقابل سكنى داره المعلومة ، فذلك البيع صحيح والشرط معتبر » . وجاء فى المذكرة التفسيرية « أن تقييد البيع بشرط (بعلى) ، كما أنه لا يجوز عند الحنفية ، كذلك لم تجزه المالكية (؟) والشافعية . وفى زماننا هذا نرى أن البيوع تعقد خلافاً لهذه المذاهب الثلاثة ، فوجب القول بما تقول به الحنابلة لتقريب أعمال الناس إلى الجواز ما استطعنا إلى ذلك سبيلا » .

المطلب الثـــانى

الربا

نبدأ بتحديد منطقة الربا فى الفقه الإسلامى فى شىء من الايجاز . ثم نستعرض الاتجاهات المختلفة التى عملت على التضييق من هذه المنطقة . ونخلص من ذلك إلى بيان ماينبغى أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامى من هذه المسألة الخطيرة فى العصر الحاضر .

§ تحديد منطقة الربا فى الفقه الإسلامى

الربا فى عرف الشرع نوعان : ربا الفضل وربا النساء أو النسيئة .

ولتحديد منطقة الربا فى الفقه الاسلامى نستعرض أموراً ثلاثة : (أولا) تعيين الأموال التى يدخل فيها الربا ، أى الأموال الربوية . (ثانيا) تحديد ربا الفضل . (ثالثا) تحديد ربا النسيئة .

أولا — تعيين الأموال الربوية

الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية :

لم يرد تعيين الأموال الربوية فى القرآن الكريم ، وإنما ورد تعيينها فى حديث عن النبى عليه الصلاة والسلام ، رواه محمد عن أبى حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذهب بالذهب ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . والفضة بالفضة ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا . والحنطة بالحنطة ، مثلا بمثل ، يدا بيد

والفضل ربا . والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والشعير بالشعير ، مثلا بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والتمر بالتمر ، مثلا بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . فإذا اختلفت الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » .

ويقول السرخسى فى المبسوط (جزء ١٢ ص ١١٠ — ١١١) فى تفسير هذا الحديث : « أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ، أى بيع الذهب بالذهب ، أو بيعوا الذهب بالذهب ... وقوله مثل بمثل ، روى بالرفع والنصب ، فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ، ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلا بمثل . والمراد به المماثلة فى القدر دون الصفة ... وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء ، فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة فى الوزن دون الصفة ، لأن التبر لا يساوى العين فى الصفة ، وإنما يساويه من حيث المقدار . وقوله يداً بيد ، يجوز أن يكون المراد به عين بعين لأن التعيين يكون بالإشارة باليد ، ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لأن القبض يكون باليد . . . ولكن الأصح أن يكون المراد التعيين ، لأنه لو كان المراد به القبض لقال من يد إلى يد لأنه يقبض من يد غيره ، فعرفنا أن المراد التعيين ، إلا أن التعيين فى النقود لا يتم إلا بالقبض لأنها لا تتعين فى العقود بالإشارة ، فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه .. وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل فى القدر ، ويحتمل الفضل فى الحال بأن يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة ، وكل واحد منها مراد باللفظ . وقوله ربا ، أى حرام ، أى فضل خال عن العوض والمقابلة ، أما متيقنا به عند فضل القدر ، أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسبة فى المالية — وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة — فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، يحتمل المماثلة فى الكيل ، ويحتمل المماثلة فى الصفة ، ولكنه فى كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلا بمثل « كيلا بكيل . فتبين أن المراد المماثلة من حيث القدر ، وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء ، فهو

بيان أن المراد المماثلة فى القدر . وقوله يداً بيد ، معناه عندنا عين بعين ، ولهذا لا يشترط التقابض فى بيع الحنطة بالحنطة لأن التعيين فيها يتم بالإشارة . وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل فى القدر ، ويحتمل الفضل فى الحال ، وكل واحد منهما مراد ، وقد فسر ذلك فى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى — وكذلك الشعير والتمر والملح » .

امتداد منطقة الربا الى غير هذه الاموال الستة :

والظاهرية يقصرون الأموال الربوية على هـــذه الأموال الستة التى وردت فى الحديث الشريف : الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح .

ولكن جمهور الفقهاء لا يقفون عند هذه الأموال الستة ، بل يبحثون عن المعنى الذى يتعدى به الحكم إلى غيرها من الأموال . إذ ليس فى الحديث أن مال الربا ستة أشياء ، ولكن ذكر حكم الربا فى الأشياء الستة ، وفائدة تخصيص هذه الأشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها .

ثم اختلفوا بعد ذلك فى المعنى الذى يتعدى به إلى سائر الأموال .

قال الحنفية — وكذلك الحنابلة فى ظاهر مذهبهم — أن العلة أو الضابط الذى تعرف به الأموال الربوية هو أمران :

١ — أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة ، أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح . وهذا هو القدر ، أى معرفة القدر عن طريق الوزن أو الكيل .

٢ — أن يتحد الجنس فى المالين المتبادلين — فعند الحنفية والحنابلة إذن العلة فى الأموال الربوية شطران : القدر والجنسية .

وعند الشافعية العلة فى الحنطة والشعير والتمر والملح هى الطعم ، وفى الذهب والفضة هى الثمنية .

وعند المالكية العلة فى الذهب والفضة هى الثمنية ، وفى الأشياء الأربعة الأخرى الاقتيات والادخار .

والذى برز من هذه الأقوال هو قول الحنفية بالقدر والجنسية وقول الشافعية بالطعم والثمنية . وتجرى المقابلة عامة مابين هـــذين القولين فنقتصر عليهما .

فعند الحنفية يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه ، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم ، وسواء كان ثمناً أو مثمناً . فيجرى الربا فى الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه مطعومة . ويجرى فى الذهب والفضة ، وهذان ثمنان . ويجرى فى الحناء والنورة والجص ، وهذه غير مطعومة ولكنها مكيلة . ويجرى فى الحديد والرصاص والنحاس والجواهر واللآلىء ، وهذه غير أثمان ولكنها موزونه . ويجرى فى اللحم والسمك والسمن والخضروات والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه وإن كانت مطعومة إلا أنها أيضاً موزونة .

وعند الشافعية يجرى الربا فى كل مطعوم ، سواء دخله الكيل والوزن أو لم يدخله . فيجرى الربا فى الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه يدخلها الكيل . ويجرى فى اللحم والسمك والسمن والخضروات والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه يدخلها الوزن . ويجرى فى البطيخ والبيض والجوز والخيار والقثاء والسفرجل والرمان . وهذه لا يدخلها كيل ولا وزن ولكنها مطعومة. وكل مطعوم يدخل فيه الربا عند الشافعى ، سواء أخذ قوتاً أو أداما أو فاكهة أو دواء . ويجرى الربا فى الذهب والفضة لأنهما أثمان لا لأنهما موزونان، فلا يجرى الربا فى الحديد والرصاص والنحاس والجواهر واللآلىء لأنها ليست بأثمان (١) .

---

(١) ونذكر هنا ، زيادة فى الإيضاح ، أن الحديث الشريف قد ورد فيه أولا : « الذهب بالذهب . . . والفضة بالفضة » . فاعتدت الحنفية فيهما بالوزن ، وقاسوا عليهما كل مايوزن ولو كان غير ثمن، مطعوما كان أو غير مطعوم. واعتدت الشافعية بالثمنية، فوقفوا عند الذهب والفضة ولم يتعدوهما . ويتبين ذلك من الجدول الآتى : =

ونورد مايحتج به الحنفية لمذهبهم ومايحتج به الشافعية لمذهبهم ، ثم نوازن ما بين حجج الفريقين .

مايحتج به الحنفية فى أن العلة فى الاموال الربوية هى القدر والجنسية :

ويحتج الحنفية لمذهبهم بأن قول النبي عليه السلام « الحنطة بالحنطة » معناه بيع الحنطة بالحنطة ، والبيع لا يجرى باسم الحنطة ، فالاسم يتناول الحبة الواحده ولا يبيعها أحد . ولو باعها لم يجز لأنها ليست بمال متقوم . فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التى هى مال متقوم ، ولا يعلم ماليتها إلا بالكيل ، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص ، فكأنه قال الذهب

=

(موزون) الذهب والفضة (ثمن)

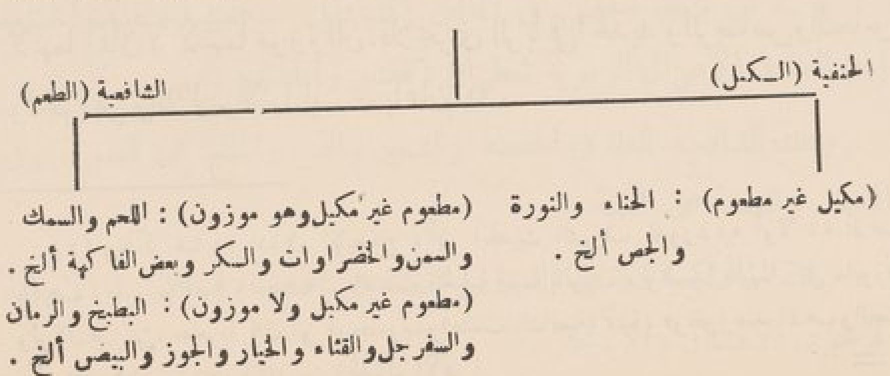
الحنفية (الوزن) — الشافعية (الثمنية)

(موزون غير ثمن وهو مطعوم) : اللحم والسمك والسمن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة ألخ . — لاشىء

(موزون غير ثمن ولا مطعوم) : الحديد والنحاس والرصاص والجواهر واللآلىء ألخ .

ثم ورد فى الحديث الشريف ثانيا : « والحنطة بالحنطة . . والملح بالملح . . والشعير بالشعير . والتمر بالتمر » . فاعتدت الحنفية فيها بالكيل ، وقاسوا عليها كل مكيل ولوكان غير مطعوم . واعتدت الشافعية بالطعم ، فقاسوا عليها كل مطعوم ولوكان غير مكيل ، موزونا كان أو غير موزون . ويتبين ذلك من الجدول الآتى :

(مكيل) الحنطة والملح والشعير والتمر (ويقاس عليها فى المذهبين : الأذرة والأرز والعدس (مطعوم) .



الموزون بالذهب ، والحنطة المكيلة بالحنطة . والصفة من اسم العلم تجرى مجرى العلة للحكم ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص . ولما كان النبى صلى الله عليه وسلم قد قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، فقد أوجب المماثلة لجواز العقد . وإذا ثبت أن الحكم وجوب المماثلة ، ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله ، عرفنا أن المحل الذى لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلا ، والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم تكن مال الربا . والدليل أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا إلا مقرونا بالمخلص ، فكل علة توجب الحكم فى محل لا يقبل المخلص أصلا فهى علة باطلة . والطعم بهذه الصفة ، فأنه يوجب الحكم فى الرمان والسفرجل ولا يتصور فيهما المخلص . ويتبين بما ذكر فساد العلة بالطعم والثمنية ، فإنها علة قاصرة لا تتعدى إلى الفروع ، ولأنها تثبت الحكم على مخالفة الأصول . ولأن الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال ، وكذلك الثمنية فأنها تنبىء عن شدة الحاجة إليه ، وتأثير الحاجة فى الإباحة لا فى الحرمة ، كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة . وإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة ، فلا يصلحان أن يكونا علة للحرمة . والذى قال أن صاحب الشرع نص على الأشياء الأربعة ، قلنا قد نص على الأشياء الستة وعطف بعضها على بعض ، فينبغى أن تكون العلة فى الكل واحدة ، وذلك الجنس والقدر ، ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه . فأما إذا كانت العلة فى النقود الثمنية وفى سائر الأشياء الأربعة الطعم ، لم يستقم عطف بعضها على بعض ، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم . (أنظر فى كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٦ – ص ١٢٠) .

ما يحتج به الشافعية فى أن العلة فى الأموال الربوية هى الطعم والثمنية:

ويحتج الشافعى فى إثبات أصله بأن الشرع قد شرط لجواز البيع فى هذه الأموال شرطين زائدين : المساواة واليد باليد . فعرفنا أن الموجب لزيادة

هذين الشرطين معنى فى المحل ينبىء عن زيادة خطر . والمعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضة لا يكون إلا الثمنية ، لأنهما خلقا لذلك ، وبالثمنية حياة الأموال . والمعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الأشياء الأربعة الأخرى لا يكون إلا الطعم ، لأن بالطعم حياة النفوس . فعرفنا أن العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ، ولهذا جعلنا الجنسية شرطا لا علة . وبهذا يتبين فساد التعليل بالقدر ، فإنه لا ينبىء عن زيادة خطر فى المحل ، فالجص يكال مع أنه شىء هين لا تتعلق به حياة نفس ولا مال وإنما هو معد لتزيين البناء . ولأن الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الأثمان وهى الذهب والفضة ، وذكر من المطعومات أنفس كل نوع ، فالحنطة أنفس مطعوم بنى آدم ، والشعير أنفس علف الحيوان ، والتمر أنفس الفواكه ، والملح أنفس التوابل . فلما أراد المبالغة فى بيان حكم الربا ، ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات ، نص من كل نوع على أعلاه ، ليبين بذلك أن العلة هى الطعم . فأما إذا جعلت العلة هى القدر ، تمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً ، لأن صفة القدر لا تختلف فى الأشياء الأربعة ، وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى . فإذا ثبت أن العلة هى الطعم والثمنية ، امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الأثمان على الأثمان . لانعدام العلة فيها . (أنظر فى كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٥ — ص ١١٦) .

الموازنة بين حجج الحنفية وحجج الشافعية وترجيح مذهب الشافعى :

تتلخص حجج الحنفية — كما رأيناها — فيما يأتى :

١ : ان الأموال الستة المذكورة فى الحديث الشريف لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن ، فصارت صفة الكيل أو الوزن ثابتة بمقتضى النص ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص .

٢ : أن الحكم فى الأموال الربوية هو وجوب المماثلة لإمكان التخلص .

فالمحل الذى لا يقبل المماثلة ، فلا يتصور فيه المخلص ، كالحفنة والتفاحة والرمان والسفرجل ، لا يكون مال الربا أصلا . ويتبين من ذلك أن من المطعومات ما لا يكون مالا ربويا ، كما أن من الأموال الربوية مالا يكون مطعوما . فالطعم علة واسعة تثبت الحكم على مخالفة الأصول ، وهى فى الوقت ذاته علة قاصرة لا تتعدى إلى الفروع . ويقول الزيلعى (جزء ٤ ص ٨٧) فى شرط التماثل فى الأموال الربوية ما يأتى : « والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلا بمثل ، والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير ، فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية ، وأن الأموال الربوية هى التى تكون من ذوات الأمثال ، وما لا يكون من ذوات الأمثال ليس من الأموال الربوية ، إذ الحكم لا يثبت بدون محله ، ولهذا قالوا لا يجرى الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرّة من الذهب والفضة . »

٣ — إن الطعم هو أعظم وجوه الإنتفاع بالمال ، وكذلك الثمنية تنبىء عن شدة الحاجة إلى الأثمان . وتأثير الحاجة إنما يكون فى الإباحة لا فى الحرمة ، فإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة ، فإنهما لذلك لا يصلحان أن يكونا علة للحرمة . وفى هذا المعنى يقول الزيلعى أيضا (جزء ٤ ص ٨٦ — ص ٨٧) : « والطعم والاقتيات والثمنية والإدخار من أعظم وجوه المنافع ، والحاجة إليها من أشد الحاجات وأهمها ، فسنة الله فى مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق . ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخمصة للحاجة ، وكذلك أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الأموال المشتركة . . . وكل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة فيه أكثر ، فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضى خلاف ذلك الحكم فيضاده . »

٤ – عطفت الأشياء الستة بعضها على بعض فى الحديث الشريف، وذلك يقتضى أن تكون العلة فى الكل واحدة، وهى الجنس والقدر، أما الكيل والوزن فاختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه. ولو كانت العلة فى النقود الثمينة وفى سائر الأشياء الأربعة الطعم، لم يستقم عطف بعضها على بعض، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم.

وتتلخص حجج الشافعية – على ما سبق إيراده – فى حجتين:

١ – إن الموجب لزيادة شرطين فى الأموال الربوية حتى يجوز بيعها – والشرطان هما التماثل واليد – معنى فى المحل ينبئ عن زيادة خطره. ولا يوجد معنى أكبر خطرا من الثمنية فى الذهب والفضة، إذ بالثمنية حياة الأموال. كما لا يوجد معنى أكبر خطراً من الطعم فى الأشياء الأربعة الأخرى، إذ بالطعم حياة النفوس. أما التعليل بالقدر، كما تقول الحنفية، فإنه لا ينبئ عن زيادة خطر فى المحل، فالجص يكال مع انه شئ هين.

٢ – إذا جعلت العلة هى الثمنية والطعم، ظهر السر فى أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة. فهو قد ذكر جميع الأثمان، وهى الذهب والفضه. ولما كان يشق ذكر جميع المطعومات، فقد نص من كل نوع على أعلاه، فذكر الحنطة وهى أنفس مطعومات بنى آدم، والشعير وهو أنفس علف الحيوان، والتمر وهو أنفس الفواكه، والملح وهو أنفس التوابل. أما إذا جعلت العلة هى القدر، كما تقول الحنفية، تمحض ذكر الأشياء الأربعة تكراراً، لأن صفة القدر لا تختلف فى شىء منها، فكلها أشياء مكيلة، وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى.

والمتأمل فى حجج كل فريق من الفريقين يرى أن الاعتبار الذى وقف عنده الشافعى إعتبار اجتماعى اقتصادى، فنفذ بذلك إلى لب الموضوع وتغلغل فى الصميم منه. أما الاعتبار الذى وقفت عنده الحنفية فهو اعتبار منطق أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر. ولذلك لانتردد فى ترجيح مذهب

الشافعى . فإنه يقف من الأشياء الستة المذكورة فى الحديث الشريف عند المعنى البارز الذى ينبغى الوقوف عنده .

أما الذهب والفضة ، فالمعنى البارز فيهما هو الثمنية . وفى هـذا يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١) : « وأما الدراهم والدنانير ، فقالت طائفة العلة فيهما كونهما موزونين ، وهـذا مذهب أحمد فى إحدى الروايتين عنه ومذهب أبى حنيفة . وطائفة قالت العلة فيهما الثمنية ، وهـذا قول الشافعى ومالك وأحمد فى الرواية الأخرى ، وهذا هو الصحيح ، بل الصواب . . فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، فهو طرد محض . بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والثمن هو المعيار الذى به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطا لا يرتفع ولا ينخفض . إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع ، لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات ، بل الجميع سلع . وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة ، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة ، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ، ولا يقوم هو بغيره ، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض ، فتفسد معاملات الناس ، ويقع الخلف ويشتد الضرر ، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم . ولو جعلت ثمنا واحداً لا يزداد ولا ينقص ، بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هى بغيرها ، لصلح أمر الناس . فلو أبيح ربا الفضل فى الدراهم والدنانير ، مثل أن يعطى صحاحا ويأخذ مكسرة أو خفافا ويأخذ ثقالا أكثر منها ، لصارت متجراً ، أو جر ذلك إلى ربا النسيئة فيها ولا بد . فالأثمان لا تقصد لأعيانها ، بل يقصد التوصل بها إلى السلع . فإذا صارت فى أنفسها سلعا تقصد لأعيانها ، فسد أمر الناس . وهذا معنى معقول يختص بالنقود ، ولا يتعدى إلى سائر الموزونات » .

وأما الأشياء الأربعة الأخرى – الحنطة والشعير والتمر والملح – فإن المعنى البارز فيها هو الطعم كما جاء فى مذهب الشافعى ، أو هو الاقتيات والادخار كما جاء فى مذهب مالك . ويقول الحطاب (جزء ٤ ص٣٤٦) : «ومعنى الاقتيات أن يكون الطعام مقتاتا أى تقوم به البنية، ومعنى الادخار ألا يفسد بتأخيره إلا أن يخرج التأخير عن العادة . والقول الثانى أن العلة الاقتيات والادخار وكونه متخذاً للعيش غالباً .. وعبر عنه صاحب التنبيهات بالمقتات المدخر الذى هو أصل للمعاش غالبا . . . وذهب كثير من شيوخنا إلى أنه لا يلزم التعليق بكونه أصلا للعيش، وأنما المراد ادخاره غالبا وكونه قوتا». ويرجح ابن القيم مذهب مالك فى الأخذ بمعنى الاقتيات والادخار ، فيقول فى أعلام الموقعين (جزء ٢ ، ص١٠٠) : «الشارع نص على تحريم ربا الفضل فى ستة أعيان، وهى الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، فاتفق الناس على تحريم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس ، وتنازعوا فيما عداها . فطائفة قصرت التحريم عليها ، وأقدم من يروى هذا عنه قتادة ، وهو مذهب أهل الظاهر ، واختيار ابن عقيل فى آخر مصنفاته مع قوله بالقياس ؛ قال لأن علل القياسيين فى مسألة الربا علل ضعيفة وإذا لم تظهر فيه علة امتنع القياس. وطائفة حرمته فى كل مكيل وموزون بجنسه ، وهذا مذهب عمار وأحمد فى ظاهر مذهبه وأبى حنيفة. وطائفة خصته بالطعام إذا كان مكيلا أو موزوناً، وهو قول سعيد بن المسيب ورواية عن أحمد وقول للشافعى . وطائفة خصته بالقوت وما يصلحه ، وهو قول مالك ، وهو أرجح هذه الأقوال» .

على أن ما يحتج به الحنفية من ناحية المنطق فى حاجة إلى أمعان من النظر :

(١) فالشارع عندما قال الحنطة بالحنطة ، نظر دون شك إلى معنى فى الحنطة . وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الطعم أو الكيل . ومعنى الطعم لخطره أولى من معنى الكيل لتفاهته . ثم أن معنى الطعم لا يجعل تعاقب الأشياء الأربعة محض تكرار ، إذ هى تتفاوت فى هذا المعنى . فالحنطة طعام الإنسان ، والشعير طعام الحيوان، والتمر فاكهة، والملح من التوابل. أما معنى

الكيل فيتكرر دون تفاوت فى الأشياء الأربعة . فكان يكفى ذكر واحد منها . وكذلك عندما قال الشارع الذهب بالذهب ، نظر دون شك إلى معنى فى الذهب . وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الثمنية أو الوزن . ومعنى الثمنية أولى بالاعتبار ، فهو أبرز فى الذهب والفضة — وهذان هما النقدان ذكرهما الشارع معا — عنه فى كل موزون آخر .

أما أن هذه الأموال الستة لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن، فان هذا لا يمنع من أن الشارع لم يعتد فيها بهذا المعنى، وأنما اعتد فيها بمعنى الطعم كما بينا . فيكون مالا ربويا ما يجتمع مع هذه الأموال ، لا فى معنى الكيل أو الوزن وهو معنى لا خطر له ، بل فى معنى الطعم أو الثمنية وهو المعنى الأولى بالاعتبار .

(٢) وليس من الضرورى أن المحل الذى لا يقبل المماثلة لا يكون مالا ربويا . فالجوز والبيض والبطيخ والرمان والسفرجل ، كل هذه مطعومات لا تقبل المماثلة وليس فى طبيعة الأشياء ما يمنع من أن تكون أموالا ربوية . وكل ما يترتب على اعتبارها كذلك أنه لا يجوز بيعها فى جنسها ، فلا يجوز بيع جوزة فى جوزة ولا بيضة فى بيضة ولا بطيخة فى بطيخة ، لأن التماثل فى كل ذلك غير مكفول . والمخلص من الوقوع فى الربا فى هذه الحالة أن يباع أحد البدلين بالنقود ثم يشترى بالنقود البدل الآخر .

(٣) وإذا كان وجه الحاجة واضحا فى الأموال الستة ، وكان تأثير الحاجة فى الإباحة لا فى الحرمة ، فكذلك قد تكون الحاجة إلى الأشياء داعية إلى وجوب منع احتكارها أو التلاعب فى أسواقها ، ومن ثم يكون تأثير الحاجة فى الحرمة لا فى الإباحة ، سدا للذرائع .

(٤) وليس من الضرورى أن تتوحد العلة فى الأشياء الستة لمجرد عطفها بعضها على بعض فمن الجائز أن تنتظمها علتان أو أكثر ، بل من الجائز أن يكون لكل شىء منها علة ، ولا يمنع العطف من تعدد العلل . والظاهر فى

حالتنا أن هناك علتين : علة الثمنية وتنتظم الذهب والفضة ، وعلة الطعم وتنتظم الحنطة والشعير والتمر والملح .

ثانياً — تحديد ربا الفضل

المذهب الحنفى :

يتحقق ربا الفضل عند الحنفية باجتماع شطرى علة الربا : القدر (أى الكيل أو الوزن) واتحاد الجنس . فكل مكيل أو موزون من جنس واحد إذا بيع متفاضلا تحقق فيه ربا الفضل . ومن ثم إذا بيع مكيل فى مكيل من جنس واحد ، مطعوما كان أو غير مطعوم ، كما إذا بيعت الحنطة بالحنطة أو الجص بالجص ، وجب أن يتماثل القدران المبيعان . فإن زاد أحد القدرين على القدر الآخر فسد البيع لدخول ربا الفضل فى الصفقة. والمراد المماثلة فى القدر لا فى الصفة . وإلا فإن تماثل القدر واتحدت الصفة لم يبق هناك معنى للتبادل ما بين شيئين متساويين جنسا وقدراً وصفة. كذلك إذا بيع موزون فى موزون من جنس واحد ، ثمنا كان أو غير ثمن . مطعوما كان أو غير مطعوم ، كبيع الذهب بالذهب أو الحديد بالحديد أو السكر بالسكر ، وجب كذلك أن يتماثل القدران ، فإن زاد أحدهما على الآخر فسد البيع .

مذهب الشافعى :

ويتحقق ربا الفضل عند الشافعية بقيام علة الربا وهى الطعم أو الثمنية مع وجود شرطه وهو اتحاد الجنس . فإذا بيع طعام فى طعام من جنس واحد ، مكيلا كان أو غير مكيل ، موزونا كان أو غير موزون ، كبيع الحنطة بالحنطة والسمن بالسمن والبطيخ بالبطيخ ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع .

ولا يتحقق التماثل على أية صورة فى البطيخ بالبطيخ كما سنرى . وإذا بيع الثمن فى الثمن – وهذا هو الصرف – وكان الثمنان من جنس واحد ، كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية فى تطبيقات ربا الفضل[1] :

رأينا أنه إذا اتحد الجنس ، فأن الحنفية يقفون فى تحقق ربا الفضل عند الكيل أو الوزن ، أما الشافعية فيقفون عند الطعم أو الثمنية . ومن ثم يختلف المذهبان فى تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك فى التطبيقات الآتية :

أولا : بيع مكيل بجنسه غير مطعوم متفاضلا ، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن متفاضلا ، وذلك كبيع قفيز جص بقفيزى جص أو بيع منّ حديد بمنوى حديد : عند الحنفية لايجوز لأنه بيع ربا ، لوجود علة الربا وهى الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس . وعند الشافعية يجوز ، لأن علة الربا وهى الطعم أو الثمنية غير موجودة . وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والأثمان ، كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها .

وأما بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا أو بيع الموزون المطعوم أو الثمن بجنسه متفاضلا ، كبيع قفيز أرز بقفيز أرز وبيع منّ سكر بمنوى سكر وبيع درهم بدرهمين ، فلا يجوز بالإجماع : أما عند الحنفية فلوجود الجنس والقدر ، وأما عند الشافعية فلوجود الجنس والطعم . وكذا كل مكيل أو موزون هو مأكول أو مشروب ، كالعدس والأذرة والدهن والزيت والخل ونحوها .

ويجوز بالإجماع بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا ، مطعوما كان أو غير

---

(١) أنظر فى هذه التطبيقات البدائع جزء ٥ ص ١٨٣ ومابعدها

مطعوم، بعد أن يكون يداً بيد، كبيع قفيز حنطة بقفيزى شعير وبيع قفيز جص بقفيزى نورة ونحو ذلك، لأن علة ربا الفضل بمجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس. وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز إجماعا ثمنين كانا أو مثمنين، مطعومين كانا أو غير مطعومين، بعد أن يكون يداً بيد، كبيع دينار بمائة درهم وبيع منّ حديد بمنوى نحاس أو رصاص وبيع منّ سمن بمنوى سكر.

ويجوز إجماعا بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحداً باثنين، يداً بيد، كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك، بالإجماع: أما عند الحنفية فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن، وعند الشافعية لإنعدام الطعم والثمنية.

ثانياً: بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون متفاضلا، كبيع حفنة حنطة بحفنتين أو بطيخة ببطيختين أو رمانة برمانتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين: يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس، ولا يجوز عند الشافعية لوجود الطعم والجنس.

ولو بيع غير متفاضل، حفنة بحفنة أو بطيخة ببطيخة أو رمانة برمانة أو بيضة نبيضة أو جوزة بجوزة: يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس. وعند الشافعية لا يجوز لوجود الطعم، وذلك أن حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عندهم، والتساوى فى الكيل أو الوزن (لا فى العدد) مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة، ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة.

ثالثاً : تحديد ربا النسيئة

المذهب الحنفى :

رأينا أن ربا الفضل عند الحنفية يجرى باجتماع شطرى علته ، أى باجتماع القدر (الكيل أو الوزن) والجنس ، أما ربا النسيئة فيجرى بوجود أحد شطرى العلة : القدر أو الجنس .

فيجرى ربا النسيئة إذن فى حالتين : (الحالة الأولى) أن يكون كل من البدلين مكيلا ، أو أن يكون كل منهما موزونا ، سواء اتحد الجنس أو لم يتحد . (الحالة الثانية) أن يكون البدلان من جنس واحد ، سواء كانا مكيلين أو موزونين أو لم يكونا كذلك .

فنى الحالة الأولى إذا كان البدلان مكيلين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالحنطة فى الحنطة أو الحنطة فى الشعير والجص فى الجص أو الجص فى النورة ، أو كان البدلان موزونين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالذهب فى الذهب أو الذهب فى الفضة أو الحديد فى الحديد أو الحديد فى النحاس ، فلا يجوز البيع نسيئة ، ويجوز يداً بيد . ولكن هذه القاعدة تؤدى إلى أن بيع الحديد أو النحاس أو السكر أو القطن فى الذهب أو الفضة بيع نسيئة لا يجوز ، فيقفل باب السلم من جهة وقد رخص فيه النبى عليه السلام ، ويقفل من جهة أخرى باب بيع الموزونات بنقد مؤجل . من أجل ذلك قسمت الحنفية الموزونات قسمين : النقد أى الذهب والفضة ويوزنان بالمثاقيل ، والموزونات الأخرى من حديد ونحاس وسكر وقطن وسمن ودهن وخل وزيت ونحوها وتوزن بالقبان . وهذان القسمان لا يتحدان فى صفة الوزن ، ومن ثم تجوز مبادلة أحد القسمين بالآخر نسيئة ، فيجوز بيع الحديد

والسكر والقطن وغير ذلك مما يوزن بالقبان فى الذهب أو الفضة بيع نسيئة أو بيع سلم .

وفى الحالة الثانية إذا كان البدلان من جنس واحد ولو لم يكونا مكيلين أو موزونين ، كالحيوان فى الحيوان والرمان فى الرمان والهروى فى الهروى، لم يجز البيع نسيئة ، ويجوز يداً بيد .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان أحد البدلين مكيلا وكان الآخر غير مكيل موزونا كان أوغير موزون ، كالقمح فى الفضة أو فى الرمان ، أوكان أحد البدلين موزونا وكان الآخر غير موزون مكيلا كان أو غير مكيل ، كالذهب فى القمح أوفى السفرجل ، جاز البيع نسيئة . فتجوز النسيئة إذن فى بيع المكيل بالموزون وفى بيع الموزون بالمكيل . ومن ثم يتدرج جريان الربا فى مذهب الحنفية على النحو الآتى : فى الموزون بالموزون من جنس واحد وفى المكيل بالمكيل من جنس واحد ، يجرى كل من ربا الفضل وربا النسيئة . وفى الموزون بالموزون من جنسين مختلفين وفى المكيل بالمكيل من جنسين مختلفين ، يجرى ربا النسيئة ولا يجرى ربا الفضل وفى الموزون بالمكيل وفى المكيل بالموزون ، لا يجرى الربا أصلا ، لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة .

ومن باب أولى يجوز البيع نسيئة لو اختلف الجنس فى غير المكيل والموزون ، كالرمان فى السفرجل والبطيخ فى القثاء والهروى فى المروى .

والأصل فى ربا النسيئة عند الحنفية قوله عليه السلام فى آخر الحديث المعروف : « فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » . وروى عن ابراهيم النخعى أنه قال : « أسلم مايكال فيما يوزن ، وأسلم مايوزن فيما يكال ، ولا تسلم مايكال فيما يكال ولا مايوزن فيما يوزن ، وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن ، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد ، ولا خير فيه نسيئة » .

مذهب الشافعى : ويجرى ربا النسيئة عند الشافعية إذا كان البدلان مطعومين أو ثمنين ، اتحد جنسهما أو اختلف .

فلا تجوز النسيئة فى التمر بالتمر ولا فى التمر بالقمح .

ولا تجوز النسيئة أيضا فى الذهب بالذهب ولا فى الذهب بالفضة .

ولا تجوز النسيئة فى بيع مطعوم بغير مطعوم ، كالقمح فى الحديد ، وفى بيع غير مطعوم بغير مطعوم اتحد الجنس أو اختلف ، كالجص فى الجص أو الجص فى الرصاص .

وتجوز النسيئة فى بيع المثمن بالثمن مطعوما كان أو غير مطعوم ، كالأرز فى الفضة والحديد فى الذهب .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية فى تطبيقات ربا النسيئة(١)

رأينا أن الحنفية يجرون ربا النسيئة إذا وجد أحد شطرى علة ربا الفضل ، القدر أو الجنس . ورأينا أن الشافعية يجرون ربا النسيئة فى بيع المطعوم بالمطعوم أو بيع الثمن بالثمن . ومن ثم يختلف المذهبان فى تطبيقات ربا النسيئة كما اختلفا فى تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك فى التطبيقات الآتيـة :

١ - لا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة مكيل فى مكيل ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالحنطة فى الحنطة ، أو من جنسين مختلفين كالحنطة فى الشعير ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالجص فى الجص ، أو من جنسين مختلفين كالجص فى النورة . وذلك لأن أحد شطرى علة ربا الفضل ،

---

(١) أنظر فى هذه التطبيقات البدائع جزء ٥ ص ١٨٦ .

وهو الكيل ، جمع البدلين . وعند الشافعية إن كانا مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالحنطة فى الحنطة والحنطة فى الشعير ، فكذلك لا يجوز . وإن كانا غير مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالجص فى الجص والجص فى النورة ، جاز البيع نسيئة ، لأن علة ربا النسيئة عندهم هو الطعم وقد انعدم فى هذه الصورة .

٢ – ولا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة موزون فى موزون ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالسكر فى السكر ، أو من جنسين مختلفين كالسكر فى الزعفران ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالحديد فى الحديد ، أو من جنسين مختلفين كالحديد فى النحاس ، أو كانا ثمنين من جنس واحد كالذهب فى الذهب ، أو من جنسين مختلفين كالذهب فى الفضة . وعند الشافعية لا يجوز فى المطعوم كالسكر فى السكر والسكر فى الزعفران ، ولا فى الثمن كالذهب فى الذهب والذهب فى الفضة ، ويجوز فى غير المطعوم كالحديد فى الحديد والحديد فى النحاس .

٣ – ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة المكيل فى الموزون ، سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الزيت أو الزعفران ، أو غير مطعومين كالجص فى الحديد ، وعند الشافعية لا يجوز فى المطعوم كالحنطة فى الزيت أو الزعفران ، ويجوز فى غير المطعوم كالجص فى الحديد .

٤ – ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة الموزون فى المكيل ، سواء كانا مطعومين كالسكر فى الملح ، أو غير مطعومين كالنحاس فى الجص . وعند الشافعية لا يجوز فى المطعوم كالسكر فى الملح ، ويجوز فى غير المطعوم كالنحاس فى الجص .

٥ – وإذا بيع غير المكيل والموزون فى جنسه ، فلا تجوز النسيئة إجماعا فى المطعومين كالرمان فى الرمان والبيض فى البيض . ولا تجوز النسيئة عند

الحنفية وتجوز عند الشافعية فى غير المطعومين كالهروى فى الهروى والحيوان فى الحيوان . فإذا اختلف الجنس جازت النسيئة إجماعا فى غير المطعومين كالهروى فى المروى والحيوان فى الثوب ، وجازت عند الحنفية ولم تجز عند الشافعية فى المطعومين كالرمان فى البيض والبطيخ فى السفرجل .

تفسير بعض حالات غير ظاهرة فى ربا النسيئة :

ويتبين مما قدمناه أنه قد توجد حالات فى ربا النسيئة لا تظهر الحكمة فى تحريمها بوضوح لأول وهلة . ونورد بعض الأمثلة على ذلك :

١ — فعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع دينار فى خمسة وتسعين درهما نسيئة ويصح ذلك نقداً (١) . ويبدو أن السبب فى ذلك أن من يصرف ديناراً بخمسة وتسعين درهماً فى الحال ليس مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، بل هو قد قصد صرف الدينار إلى دراهم ونزل عن جزء يسير من الدينار فى سبيل أن يحصل على الدراهم ، ومن ثم جاز البيع نقداً . أما من يشترى خمسة وتسعين درهما معجلة بدينار مؤجل فهو أقرب إلى أن يكون قد اقترض خمسة وتسعين درهماً على أن يردها ديناراً ، فيكون قد أربى فيما أعطى على ما أخذ ، ودفع مقابلا لفضل الحلول على الأجل . فهو مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، ومن ثم لم يجز البيع نسيئة .

٢ — وعند الحنفية والشافعية جميعا لا يصح بيع أردب من القمح فى أردبين من الشعير نسيئة ، ويصح ذلك نقداً(٢) . ويبدو أن السبب فى ذلك هو عين السبب الذى استظهرناه فى الحالة الأولى . فمن يعطيك أردبا من

---

(١) أما عند الحنفية فلانه بيع موزن فى موزون ، وأما عند الشافعية فلانه بيع ثمن فى ثمن.

(٢) أما عند الحنفية فلانه بيع مكيل فى مكيل ، وأما عند الشافعية فلانه بيع مطعوم فى مطعوم .

القمح ليأخذ منك أردبين من الشعير فى الحال لم يستغلك ولم تستغله ، فأنت فى حاجة إلى القمح وهو فى حاجة إلى الشعير ، وقدرتما أن أردبا من القمح يعادل فى قيمته أردبين من الشعير ، فتمت الصفقة على هذا الوجه . أما إذا ابتعت أردبا من القمح فى أردبين من الشعير نسيئة ، فأنت مظنة لأن تكون قد اقترضت القمح وأربيت فيما ترده من الشعير ، فاستغل البائع حاجتك .

٣ - وعند الشافعية لا يجوز بيع بيضة فى بيضة لا نسيئة ولا نقداً . أما عند الحنفية فيجوز بيع البيضة فى البيضة نقداً ولا يجوز نسيئة (١) . ويبدو أن تحريم النسيئة فى هذه الحالة عند الحنفية والشافعية جميعا مرده إلى اعتبار أن بيع البيضة فى البيضة نسيئة يستر قرضا اشترط له أجل معلوم ، واشتراط الأجل فى القرض لا يجوز .

§ ٢ — الاتجاهات المختلفة التى عملت على تضييق منطقة الربا — فى جميع العصور تتسع منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية :

الربا معروف منذ قديم العصور . كان معروفا عند قدماء المصريين ، يدل على ذلك القانون الذى وضعه « بوخوريس » من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين يحرم أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال. ويشاء القدر أن ترجع مصر إلى هذه القاعدة بعد نحو من ثلاثة آلاف من الأعوام ، فتنص المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال » . وكان الربا معروفا فى القوانين البابلية والأشورية وعند الأغريق والرومان .

---

(١) أما عند الشافعية فلأنه بيع مطعوم فى مطعوم من جنس واحد ، وأما عند الحنفية فلأنه بيع شىء غير مكيل ولا موزون فى جنسه .

ولكن الشرائع السماوية ـ اليهودية فالمسيحية فالإسلام ـ وسعت من منطقة الربا إلى حد كبير ، وحرمته تحريما قاطعا .

أما فى اليهودية فالربا لم يكن محرما إلا فى تعامل اليهود بعضهم مع بعض، فلا يجوز ليهودى أن يقرض بالربا يهوديا مثله ،ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودى .

وتحرم المسيحية الربا ، فقد جاء فى الانجيل: «إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة ، فأى فضل يعرف لكم ! . . ولكن . . افعلوا الخيرات وأقرضوا ، غير منتظرين عائدتها ، وإذن يكون ثوابكم جزيلا » (الآيتان ٣٤ و ٣٥ من الفصل السادس من أنجيل لوقا) . ويقول سان توما (Saint Thomas) أن تقاضى الفوائد عن النقود أمر غير عادل ، فان هذا معناه استيفاء دين لا وجود له.. ذلك أن الشىء الذى لا ينتفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشىء بالشىء ذاته ، فمن يقرض هذا الشىء لا يجوز له فى الوقت الذى يطالب به أن يطالب بأجر على منفعته ، فإنه هو ومنفعته شىء واحد ، وليس من العدل أن يطالب المقرض بالشىء مرتين (المسألة ٧٨ المادة الأولى فى الخاتمة) .

ولكن منطقة الربا فى المسيحية ما لبثت، تحت ضغط العوامل الاقتصادية، أن أخذت تضيق شيئا فشيئا ، فتباح الفائدة فى بعض الحالات الاستثنائية. وقد أورد الأستاذ شكرى قرداحى فى كتابه « القانون والأخلاق » (باللغة الفرنسية) فى الجزء الثانى (ص ١٦٧ ـ ص ١٧١) هذه الحالات الاستثنائية على الوجه الآتى :

١ ـ يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضا عن خسارة أصابته بسبب القرض (damnum emergens) . فقد أجيز لجمعيات القرض الحسن (monts de piété) أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذى تقرضه، تعويضا عما تتجشمه من المصروفات فى دفع أجور العمال وفى إدارة العمل.

٢ — ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض تعويضا عما فاته من ربح بسبب القرض (lucrum cessans) . ويشترط أن يتفق المقرض مع المقترض على ذلك مقدما ، وألا يجاوز التعويض مقدار صافى الربح الذى كان المقترض يجنيه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يتكبده من المصروفات للحصول على هذا الربح ، وأن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالا آخر عنده غير المال الذى أقرضه . ولم تكن هذه الشروط تتوافر إلا نادراً ، فان النظام الإقتصادى فى العصور الوسطى لم يكن نظاما رأسماليا ، ولم تكن الشركات الكبيرة التى تحتاج دائما إلى رؤوس أموال للانتاج منتشرة فى تلك العصور .

٣ — ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقترض ربحا يسيراً لتأمين خطر الضياع الذى يتعرض له المال الذى أقرضه periculm sortis . وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلا فى آخر القرن الرابع عشر ، نظراً لخطورته ولمخالفته للتعاليم الأولى للكنيسة .

٤ — ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقترض على شرط جزائى (poena conventionalis) يلتزم بموجبه المقترض ، إذا لم يسدد القرض فى الميعاد ، بأن يدفع مبلغاً إضافياً جزاء تأخره عن الوفاء . وقد تردد رجال الكنيسة فى إباحة هذا الشرط ، ثم انتهوا إلى التمييز بين شرط جزائى مبالغ فيه . وهو لا يجوز إذ يخفى ربا فاحشا مستتراً ، وشرط تهديدى لا يجاوز الربح اليسير الذى كانت الكنيسة تسمح به فى بعض الحالات ، وهو صحيح إذا لم يكن الغرض منه غير حث المقترض على الوفاء بدينه فى الميعاد .

٥ — ويجوز للمقرض أخيرا أن يتقاضى من المقترض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك ، فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعى (titre légal) . وقد روعى فى هذا الإستثناء أن القوانين أو العادات التى أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية

السائدة ، فرأت أن المقرض يحق له تقاضى هذه الفائدة فى نظير الخسارة التى لحقته من القرض والربح الذى فاته . ويشترط فى هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغة فيها. وهناك رأى بقى عند التعاليم الأولى للكنيسة فلم يجز هذه الفائدة ، ولكن الرأى الذى أجازها هو الذى تغلب ، مع تحفظ يقضى بأن من يتقاضى فائدة غير معتدلة لا حق له فيها يجب عليه ديانة — لا قضاء — أن يردها ، وإلا ارتكب خطيئة (péché) .

وهكذا ضاقت منطقة الربا فى المسيحية شيئا فشيئا ، طبقاً لقوانين الكنيسة ، فأبيحت الفوائد فى حالة بعد أخرى ، وذلك تحت ضغط العوامل الإقتصادية .

وتلت القوانين النظريات الفقهية التى تبرر تقاضى الفوائد . فقد قالوا أن النقود من حيث هى معدن لا تنتج شيئا ، ولكنها من حيث هى وسائل ائتمان تدخل ضمن عناصر الإنتاج ، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج ، ولكن رأس المال هو عنصر ثان لا يستغنى عنه العمل ، فإذا كان العمل يستحق جزاءه فى صورة الأجر ، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه فى صورة الفائدة . وقالوا كذلك أن صاحب المال شريك لصاحب العمل ، فما ينتج من ربح يحق لصاحب المال أن يأخذ بعضه فى صورة فائدة لرأس ماله . وتتلاقى هذه النظريات فى فكرة واحدة هى أن النقود التى كان أرسطو قد وصفها بأنها مال غير منتج قد أصبحت مالا منتجا ، بل أصبحت من العناصر الأولى فى الإنتاج ، وكما يستحق كل مال منتج أجره كذلك تستحق النقود أجرها ، فليست الفوائد إذن بالربا المحرم ، بل هى أجر مشروع لمال منتج .

وإلى جانب النظريات المبررة للفائدة قامت أيضا الحيل للتعامل بالربا ، ذكر منها الأستاذ شكرى قرداحى فى كتابه الذى سبقت الإشارة إليه (جزء ٣ ص ١٨١ — ص ١٨٨) حيلتين : (الحيلة الأولى) هى أن ينشىء صاحب المال مع العامل شركة توصية ، يقدم فيها صاحب المال ماله ، والعامل عمله ،

فيشتركان فى الربح والخسارة . ثم يعقب عقد الشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما ، بموجبه ينزل صاحب المال عن جزء من أرباحه المحتملة فى مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق فى ربح محتمل ، ولا يشارك فى الخسارة التى أمَّن نفسه منها . ثم يتلو عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع ، بموجبه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل فى مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة. فإذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم فى الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار ٢٠٪، فهو ينزل فى عقد التأمين عن ١٠٪ ليأمن الخسارة، فيكون ربحه المحتمل دون مشاركة فى الخسارة هو ٢٠٪ ، ثم ينزل فى عقد البيع عن ١٠٪ لينقلب ربحه المحتمل وهو ٢٠٪ إلى ١٠٪ ربحا مضمونا ، وهذه هى الفائدة لرأس ماله . (الحيلة الثانية) هى ما يدعى « بعقد المخاطرة » contractu mohatrae (١) وقد استعيرت من الحيل التى لجأ إليها الفقه الإسلامى ، وصورتها أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين ، ثم يبيع المشترى — وقد أصبح مالكا للسلعة التى اشتراها — السلعة نفسها إلى البائع نقداً بقيمتها أى بأربعمائة. فينتهى أمرهما إلى أن المشترى قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين ، وهـذا هو الربا بعينه مستتراً تحت صفقتين متتابعتين من البيع . ويتصل بذلك بيع الوفاء ، فانه قد يخفى رهناً يضمن قرضا بربا فاحش ، فيشترى المرابى الدار بمبلغ أقل من قيمتها ، ثم يستولى على الريع وهذه هى الفائدة ، فإذا أعاد البائع له الثمن واسترد الدار كان المشترى (المقرض) قد استولى على الفائدة من الريع ، وإن لم يعد له الثمن فقد استولى على الفائدة من الريع وعلى الدار نفسها فى مبلغ أقل من قيمتها كما سبق القول .

وهكذا عن طريق الإستثناءات والحيل ضاقت منطقة الربا فى أوربا

---

(١) ولفظ „mohatrae" كلمة أسبانية يغلب أن تكون مأخوذة من أصل عربى هو كلمة مخاطرة

شيئا فشيئا ، ثم أتت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضى الفوائد ، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون فى سنة ١٨٠٤ ، وهو التقنين المدنى الفرنسى المعمول به حتى العصر الحاضر ، ثم صدر فى فرنسا قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٨ يحدد السعر القانونى للفائدة ٥ ٪ فى المسائل المدنية و ٦ ٪ فى المسائل التجارية . وألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ حد السعر القانونى للمسائل التجارية . وأوقف قانون ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ حد السعر القانونى للمسائل المدنية . وإذ أصبح سعر الفائدة حرا خاليا من القيود التشريعية ، صدر قانون ٥ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعل من يقرض بسعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكبا لجريمة الربا الفاحش ، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم من رأس المال نفسه ، ومازاد على ذلك يسترده المقترض . وجعل التقنين المدنى الايطالى الجديد السعر القانونى للفائدة ٥ ٪ ، وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك . ولكن التقنين الجنائى الايطالى (م ٦٤٤) يعاقب على الربا الفاحش ، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يستغل المرابى حاجة المقترض إلى المال .

الربا فى الاسلام والتيارات المتعارضة فيه :

وفى الاسلام اتسعت منطقة الربا فى البداية إلى حد كبير كما شاهدنا ، ثم أخذت تضيق بعد ذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية .

وسبق ذلك الحيل الكثيرة التى كانت تستعمل للوصول إلى تقاضى الأرباح المحرمة . ويندد ابن القيم (أعلام الموقعين جزء ٢ سنة ١٠٦) بهذه الحيل فيقول : « وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر فى خرقة تساوى فلسا ، ويقولون الخمسة فى مقابلة الخرقة . . والذى يقضى منه

العجب مبالغتهم فى ربا الفضل أعظم مبالغة . . وجاءوا إلى ربا النسيئة ففتحوا للتحيل عليه كل باب . فتارة بالعينة ، وتارة بالمحلل ، وتارة بالشرط المتقدم المتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط ، وقد علم الله والكرام الكاتبون والمتعاقدان ومن حضر أنه عقد ربا مقصوده وروحه بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقدا ليس إلا ، ودخول السلعة كخروجها حرف جاء لمعنى فى غيره » . والعينة هى عقد « المخاطرة » الذى أشرنا إليه فيما تقدم ، ويصفه ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٢٢) على الوجه الآتى : « أن يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها . فيقول له هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا ، لسلعة يسميها ليست عنده ، بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ؛ وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا ، فيرد عليه ضعفها » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ ص ٢٠٣) : « وكذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشترى المستقرض من المقرض متاعا بثمن غال فهو مكروه . . هذا إذا تقدم القرض على البيع . فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منـــه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ، ثم أقرضه ستين دينارا ، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ، فذكر الخصاف أن هذا جائز . وهذا مذهب محمد بن سلمة أمام بلخ ، فأنه روى أنه كان له سلع ، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئا كان يبيعه أولا سلعة بثمن غال ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون هذا قرض جر نفعا . ومن المشايخ من قال أن كانا فى مجلس واحد يكره ، وإن كانا فى مجلسين مختلفين لا بأس به . وكان شمس الأئمة الحلوانى يفتى بقول الخصاف وبقول محمد بن سلمة ، كذا فى المحيط . وما

زالت الأذهان تتفتق للوصول إلى تحليل الربا عن حيل من مثل ماذكرناه ، حتى انتهى الأمر إلى صدور أوامر سلطانية بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها (١).

وقد ظهر منذ البداية ، فى السنين الأولى من الصدر الأول من الاسلام، تياران متعارضان فى أمر الربا : المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على كثير من ضروب التعامل ، والمضيقون منه يحصرونه فى دائرة محدودة لايجاوزها . والربا كالخمر ، حرمه القرآن الكريم تدرجا لاطفرة ، وعلى مراحل تضاهى مراحل تحريم الخمر . فأول آية نزلت فيه آية مكية: «وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون » . ثم نزلت بعد ذلك آية مدنية : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة . واتقوا الله لعلكم تفلحون ، واتقوا النار التى أعدت للكافرين » . وآخر آية نزلت فى الربا آية مدنية حرمته تحريما شديدا : « الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحق الله الربا

---

(١) أنظر ابن عابدين ٤ ص١٩٥ وص ٢٦٦ . وانظر مقال الأستاذ زكى الدين بدوى المنشور فى مجلة القانون والإقتصاد السنة التاسعة ص٥٣٦ هامش رقم ١، ويقول فى نهاية الهامش : «وخلاصة هذا الكلام أن من الفقهاء من أجازوا بيع شىء بأكثر من قيمته بغية الحصول على القرض ، وأنه استعملت هذه الفتوى فى الحيلة على جواز القرض بفائدة ، وأنه أسىء استعمالها بالأكثار من نسبة هذه الفائدة المستترة بمابعد غبنا للمقترضين وأرهاقا لهم. فصدر أمر سلطانى بتنظيم الفائدة بجعلها نصفا فى العشرة ، أى ٥ ٪ ، ثم صدر أمر آخر بجعلها ٥ ر ١ فى العشرة ، أى حمل الفائدة بسعر ١٥ ٪ ، وأنه رؤى ضرورة صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هى السلم، أسىء استعمالها بما جعلها أكثر ضررا من القرض بفائدة المتحايل على مشروعيته» . وأنظر ما جاء فى المقال المذكور عن فتاوى الأستاذ الأمام محمد عبده فى تحليل ربح صندوق التوفير (ص٥٥١وص٥٥٥) وعقود التأمين (ص ٥٦٢) وفتاوى السيد رشيد رضا فى بيع الدين بالنقد، والأوراق المالية وفى أعمال البورصة (ص٥٥٥—ص ٥٦٢). وأنظر فى الربا فى الفقه الاسلامى الأستاذ شكرى قرداحى فى كتابه المشار إليه «القانون والأخلاق جزء٢ص ٢٠٠ —ص٢١٠» وكيف تطور الربا فى المسيحية وفى الإسلام (ص٢١٠ — ص٢٢١) :

ويربى الصدقات، والله لا يحب كل كفار أثيم. إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم، ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون. يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون». وكانت هذه الآية من آخر ما نزل من القرآن. ويقول عمر: «إن آية الربا من آخر ما نزل من القرآن، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قبض قبل أن يبينه لنا، فدعوا الربا والريبة». ويقول: «ثلاث وردت لو أن رسول الله كان عهد إلينا فيهن عهدا ينتهى إليه: الجد والكلالة وأبواب من الربا»، يعنى بذلك بعض المسائل التى فيها شائبة الربا.

فالربا والريبة! أو الربا وشائبة الربا! هذا هو ما دعا المتشددين، وهم فى هذه الحيرة من أمر الربا، أن يوسعوا فى أبوابه، حتى يتقوه، لا هو بالذات فحسب، بل هو وريبته، أى الربا وشائبة الربا. وعمر نفسه هو الذى يقول: «أنا والله ما ندرى لعلنا نأمركم بأمور لا تصلح لكم، ولعلنا ننهاكم عن أمور تصلح لكم، وأنه كان من آخر القرآن نزولا آيات الربا، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبينه لنا، فدعوا ما يريبكم إلى ما لا يريبكم». ثم يقول: «لقد خفت أن نكون قد زدنا فى الربا عشرة أضعافه بمخافته»، أو يقول: «تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا».

ويعارض هذا التيار من التشدد فى الربا تيار آخر يتلطف فيه ويحصره فى دائرة ضيقة، وعلى رأس من يمثلون هذا التيار الثانى عبد الله بن عباس ومعه طائفة من الصحابة، يقصرون الربا على الذى كان معروفا منه فى الجاهلية ونزل فيه القرآن. ولكن ما لبث التيار الأول أن جرف التيار المعارض، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء يساندونه ويؤيدونه حتى كانت له الغلبة فى الفقه الاسلامى.

اتجاهات ثلاثة فى التضييق من منطقة الربا :

على أن فريقا من الفقهاء ، وعلى رأسهم ابن رشد وابن القيم ، حاولوا أن يكسروا من حدة تطرف المتشددين فى الربا . فميزوا بين ربا النسيئة ، وجعلوه هو الربا الجلى أو الربا القطعى وهو حرام لذاته ، وبين ربا الفضل ، وجعلوه ربا خفيا أو ربا غير قطعى وهو حرام أيضا لكن لا لذاته بل لأنه ذريعة إلى ربا النسيئة فتحريمه هو إذن من باب سد الذرائع .

ثم تأكد هذا الاتجاه باتجاه أكثر منه تضييقا لمنطقة الربا ، فجعل كلا من ربا الفضل وربا النسيئة الواردين فى الحديث الشريف محرمين لا لذاتهما بل سدا للذرائع ، وربا الجاهلية هو وحده المحرم لذاته .

فنحن إذن نواجه ـ أذا أضفنا اتجاه ابن عباس ـ اتجاهات ثلاثة متدرجة فى التضييق من منطقة الربا : أقلها تضييقا لهذه المنطقة هو اتجاه ابن رشد وابن القيم الذى يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة ، فالأول هو ربا خفى والثانى هو الربا الجلى . ثم يتلوه فى التضييق الاتجاه الثانى ، وهو الذى يميز ما بين الربا الوارد فى الحديث الشريف والربا الوارد فى القرآن الكريم ، فالثانى دون الأول هو الربا الجلى . وأشد الاتجاهات تضييقا لمنطقة الربا هو الاتجاه الثالث الذى كان عبد الله بن عباس يترسمه ، وهو لا يعتد إلا بالربا الوارد فى القرآن الكريم وهو ربا الجاهلية ، فهو وحده الذى يحرمه ، ولا يحرم غيره من ضروب الربا فضلا كان أو نسيئة .

أولا – الاتجاه الذى يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة

الأول هو ربا خفى والثانى هو الربا الجلى

ربا النسيئة ربا جلى وربا الفضل ربا خفى :

صاحب هذا الاتجاه هو ابن القيم ، فهو يميز فى وضوح وإسهاب بين ربا النسيئة وهو ربا جلى أو ربا قطعى ، وبين ربا الفضل وهو ربا خفى أو ربا غير قطعى .

ولعل ابن رشد لا يبعد كثيرا عن ذلك فهو يقول فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٠٦) : « واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين : فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون انظرنى أزدك . وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع : إلا وأن ربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبدالمطلب . والثانى ضع وتعجل ، وهو مختلف فيه » .

أما ابن القيم فعنده أن ربا النسيئة محرم لذاته تحريم مقاصد ، وهو الذى نزل فيه القرآن وكانت عليه العرب فى الجاهلية ، وهو الربا الذى لاشك فيه كما يقول أحمد بن حنبل . أما ربا الفضل فهو محرم أيضا ، ولكن تحريم وسائل من باب سد الذرائع لاتحريم مقاصد كما حرم ربا النسيئة . ووجه ذلك أن بيع خمسة دنانير بستة نسيئة غير جائز ، وهذا هو ربا النسيئة . وكذلك هو غير جائز بيعا حالا ، وهذا هو ربا الفضل . ذلك أننا لو أجزناه حالا وحرمناه نسيئة ، لا تخذ الناس الحال ذريعة إلى النسيئة . ولباع رجل من آخر خمسة دنانير فى ستة بزعم أن البيع حال ، ويتواضعان على

أجل يقبض البائع عند حلوله ستة الدنانير ، فيكون قد باع الخمسة فى الستة نسيئة واتخذ ذريعة له فى ذلك صورة البيع الحال ، ويكون ربا الفضل ذريعة إلى ربا النسيئة ، فحرم تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد كما قدمنا .(١)

وهذا هو ماورد فى أعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٢ ص ٩٩ — ص ١٠٠) يوضح ماقدمناه : « الربا نوعان : جلى وخفى . فالجلى حرم لمافيه من الضرر العظيم ، والخفى حرم لأنه ذريعة إلى الجلى . فتحريم الأول قصدا ، وتحريم الثانى وسيلة . فأما الجلى فربا النسيئة ، وهو الذى كان يفعلونه فى الجاهلية مثل أن يؤخر دينه ويزيده فى الحال ، وكلما أخره زاده فى المال ، حتى تصير المائة عنده آلافا مؤلفة . فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له ، تكلف بذلها ليفتدى من أسر المطالبة والحبس ، ويدافع من وقت إلى وقت ، فيشتد ضرره ، وتعظم مصيبته ، ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده ، فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له ، ويزيد مال المرابى من غير نفع يحصل منه لأخيه ، فيأكل مال أخيه بالباطل ويحصل أخوه على غاية الضرر . فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا ، ولعن آكله ومؤكله وكاتبه وشاهديه وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله . ولم يجىء هذا الوعيد فى كبيرة غيره ، ولهذا كان

---

(١) وللذريعة عند ابن القيم معنى آخر غيرما تقدم: أذا أجيز بيع خمسة دنانير فى ستة ، أو بيع خمسة قفزان من الحنطة فى ستة بيعا حالا ، لدفعت لذة الكسب فى التجارة الحاضرة إلى التماس كسب أزيد فى التجارة المؤخرة فيتعاقد المتبايعان على الحلول وقصدهما التأجيل فى مقابل فضل أكبر: خمسة دنانير فى سبعة أو خمسة قفزان فى سبعة ، ويزعمان أن البيع حال ليجيزا ربا النسيئة تحت ستار ربا الفضل ، فأن المتعاقدين قد يتعاقدان على الحلول والعادة جارية بصبر أحدهما على الآخر ، كما يفعل أرباب الحيل يطلقون العقد وقد تواطؤوا على أمر آخر كما يطلقون عقد النكاح وقد اتفقوا على التحليل ، ويطلقون بيع السلعة ألى أجل وقد اتفقوا على أنه يعيدها أليه بدون ذلك الثمن . فلو جوز لهم التفرق قبل القبض ، لأطلقوا البيع حالا وأخروا الطلب لأجل الربح فيقعوا فى نفس المحذور . فمنعوا من ذلك ، حتى منعوا من التفرق قبل القبض ، أتماما لهذه الحكمة ورعاية لهذه المصلحة (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٣)

من أكبر الكبائر . وسئل الإمام أحمد عن الربا الذى لاشك فيه ، فقال هو أن يكون له دين فيقول له أتقضى أم تربى ، فإن لم يقضه زاده فى المال وزاده هذا فى الأجل . . وفى الصحيحين من حديث ابن عباس عن أسامة ابن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إنما الربا النسيئة ، ومثل هذا يراد به حصر الكمال وأن الربا الكامل إنما هو فى النسيئة ، كما قال تعالى: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيمانا وعلى ربهم يتوكلون، إلى قوله: أولئك هم المؤمنون حقا ، وكقول بن مسعود إنما العالم الذى يخشى الله . وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع ، كما صرح به فى حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإنى أخاف عليكم الرما . والرما هو الربا ، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة . وذلك أنهم إذا باعوا درهما بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذى بين النوعين أما فى الجودة وأما فى السكة وأما فى الثقل والخفة وغير ذلك ، تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر ، وهو عين ربا النسيئة . وهذه ذريعة قريبة جداً فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة . ومنعهم من بيع درهم بدرهمين نقداً ونسيئة ، فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول ، وهى تسد عليهم باب المفسدة ». ويقول ابن القيم بعد ذلك (جزء ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٣) « . . . فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء فى الأثمان إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها أما أن تقضى وأما أن تربى ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزانا كثيرة ، ففطموا عن النساء . ثم فطموا عن بيعها متفاضلا يدا بيد ، إذ تجرهم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء وهو عين المفسدة . وهذا بخلاف الجنسين المتباينين ، فإن حقائقهما وصفاتهما ومقاصدهما مختلفة، فى إلزامهم المساواة فى بيعها إضرار بهم ، ولا يفعلونه فى تجويز النساء بينها ذريعة إلى إما أن

تقضى وإما أن تربى . فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها يدا بيد كيف شاء . فحصلت لهم مصلحة المبادلة ، واندفعت عنهم مفسدة أما أن تقضى وأما أن تربى . . . وإذا تأملت ماحرم فيه النساء رأيته أما صنفا واحدا أو صنفين مقصودهما واحد أو متقارب كالدراهم والدنانير والبر والشعير والتمر والزبيب ، فإذا تباعدت المقاصد لم يحرم النساء كالبر والثياب والحديد والزيت . يوضح ذلك أنه لومكن من بيع مد حنطة بمدين ، كان ذلك تجارة حاضرة ، فتطلب النفوس التجارة المؤخرة للذة الكسب وحلاوته فمنعوا من ذلك . حتى منعوا من التفرق قبل القبض ألخ ألخ » .

مايترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل :

ويترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل نتيجة هامة . ذلك أنه لما كان ربا النسيئة محرما لذاته تحريم المقاصد ، وكان ربا الفضل محرما باعتباره وسيلة تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد ، فإن درجة التحريم فى ربا النسيئة أشد منها فى ربا الفضل . ومن ثم لا يجوز ربا النسيئة ألا لضرورة ملجئة ، كالضرورة التى تبيح أكل الميتة والدم . أما ربا الفضل فيجوز للحاجة ، ولا يخفى أن الحاجة أدنى من الضرورة ، فكلما اقتضت الحاجة التعامل بربا الفضل جاز ذلك . ومن ثم تضيق منطقة هذا الربا إذا قامت الحاجة إلى إباحته فى بعض صوره بحيث يتبين فى هذه الصور أنه لا يمكن اتخاذه ذريعة لربا النسيئة ، فينتفى سبب التحريم .

ثم أن ربا الفضل ، على النقيض مما تقدم ، تتسع منطقته إذا كان فى اتساعها سد للذرائع ، إذ هو ذاته إنما حرم لأنه ذريعة لربا النسيئة .

فربا الفضل إذن تسيطر عليه فكرتان : الشبهة والحاجة . فهو دائرة مرنة ، تتسع عند الشبهة ، وتضيق عند الحاجة .

ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة :

أما أن ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة ، فمن الأمثلة على ذلك بيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية ، وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم .

فبيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية يتصور « بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ . مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه . فإن مالكا يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب ، فجعل من الردىء ذريعة إلى تحليل مالا يجب من ذلك » (بداية المجتهد ٢ ص١١٦) .

وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم يتحقق إذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من الصنف المفرد ، أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر . « فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوبا بثلاثة أكيال من التمر ودرهم . فقال مالك والشافعى والليث أن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون أن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع . فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة . مثال ذلك إنه إذا باع كيلين من تمر بكيل وثوب ، فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بأن يرضى به المتبايعان . ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع

الصنف الواحد متفاضلا . فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس » (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦) .

ويعرض ابن رشد بعد ذلك لبيوع الذرائع الربوية (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦ — ص ١١٩)، وهى بيوع من قبيل البيوع المتقدمة الذكر ليست صريحة فى الربا ، وإنما تنطوى على شبهة الربا أو على شبهة الشبهة .

من ذلك البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال ، والذى يعنينا منها صورة بيع العينة (أو المخاطرة) ، وتتحقق بأن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يشتريها نقداً بأقل من الثمن . «فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز، وقال الشافعى وداوود وأبو ثور يجوز. فمن منعه، فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير فى أكثر منها إلى أجل وهو الربا المنهى عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر اسلفنى عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين ديناراً ، فيقول هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا (الشىء) بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة نقداً . ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها إمرأة كانت أم ولد لزيد ابن أرقم يا أم المؤمنين أنى بعت من زيد إلى العطاء بثمانمائة ، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة . فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لم يتب . قالت أرأيت أن تركت وأخذت الستمائة ، قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف . قال الشافعى وأصحابه لا يثبت حديث عائشة . وأيضا فأن زيدا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس . وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الأول ، فإن الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن ، وعند مالك فى ذلك روايتان والصور

التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى أن يتذرع منها إلى : أنظرنى ازدك ، أو إلى بيع مالا يجوز متفاضلا ، أو إلى بيع مالا يجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب ، أو إلى ضع وتعجل ، أو إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو إلى بيع وصرف ، فإن هذه هى أصول الربا » (بداية المجتهد ، ص ١١٨) .

ومن ذلك أيضا استعجال الوفاء بالدين بوضيعة يرضاها الدائن وهو الذى يقال له « ضع وتعجل » ففيه شبهة الربا . ذلك أن الدائن الذى يضع من الدين حتى يتعجل استيفاءه قد جعل للزمان مقدارا من الدين كما فعل الدائن الذى زاد فى الدين عندما زاد فى الأجل . ويقول ابن رشد : « أما ضع وتعجل ، فقد أجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعى فى ذلك ، وأجازه مالك . . . وعمدة من لم يجز ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر بأخراج بنى النضير ، جاءه ناس منهم فقالوا يانبى الله أنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا » . (بدايه المجتهد ٢ ص ١١٩) .

ويتبين مما تقدم أن ربا الفضل تتسع دائرته بالشبهة ، فيحرم ما اتسع منها سدا للذرائع . وهو أيضا تضيق دائرته للحاجة ، فيجوز منه ما كان ليس بجائز متى انتفت الشبهة وقامت الحاجة . وهذا ماننتقل الآن إليه .

ربا الفضل تضبيق دائرته عند الحاجة :

والحاجة هنا ، كما قدمنا ، ليست الضرورة الملحة التى تذهب فى الالحاح إلى حد إباحة الميتة والدم ، ولكن يكفى أن تكون هناك مصلحة راجحة مشروعة تفوت بتحريم التفاضل مابين البدلين ، فالحاجة هى تحقيق هذه المصلحة الراجحة المشروعة وعدم تفويتها على المتبايعين .

ونذكر لهذا المبدأ الهام تطبيقات أربعة : ١ - بيع العرايا . ٢ - بيع المصوغ ، ٣ - بيع مادخلته الصنعة بوجه عام ٤٠ — بيع الدراهم المسكوكة .

بيع العرايا :

يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠٤) : « وأما ربا الفضل فأبيح منه ماتدعو إليه الحاجة كالعرايا ، فإن ما حرم سدا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد » . ثم يقول (ص ١٠٥) : « أن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة ، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل ، وكما أبيحت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر ، وكما أبيح النظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم ، وكذلك تحريم الذهب والحرير على الرجال حرم لسد ذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله ، وأبيح منه ماتدعو إليه الحاجة » .

ويقول صاحب الشرح الكبير على متن المقنع (أنظر المغنى ٤ ص ١٥١) : « ولا يجوز بيع المزابنة ، وهو بيع الرطب فى رؤس النخل بالتمر إلا فى العرايا ، وهى بيع الرطب فى رؤس النخل خرصاً ، بمثله من التمر كيلا ، فيما دون خمسة أوسق ، لمن به حاجة إلى أكل الرطب ، ولا ثمن معه . ولا يجوز بيع المزابنة لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، وهو بيع الرطب

بالتمر ، متفق عليه . . فأما العرايا فيجوز فى الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك فى أهل المدينة ، والأوزاعى فى أهـل الشام ، والشافعى وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه بيع الرطب بالتمر من غير كيل فى أحدهما ، فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض . ولنا ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ، متفق عليه . . قال ابن المنذر الذى نهى عن المزابنة هو الذى أرخص فى العرايا ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصار إليه مع النص ، مع أن فى الحديث أنه أرخص فى العرايا ، والرخصة إستباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال » .

ونرى مما تقدم أنه يجوز بيع العرايا بشروط خمسة . (أولا) أن يكون فيما دون خمسة أوسق ، مع خلاف فى الرأى فى الخمسة ذاتها ، وأما مازاد فلا يجوز بلا خلاف . (ثانيا) أن يكون مشتريها محتاجا إلى أكلها رطبا ، فمتى كان المشترى غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر . ولا تعتبر حاجة البائع ، فلو باع رجل عرية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز ، وقال أبو بكر والقاضى لا يجوز . ولنا أن المغلب فى التجويز حاجة المشترى ، بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم يأكلونه رطبا ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشترى لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع ، فلا يتقيد فى حقه بخمسة أوسق . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشترى وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى ألا يحصل الأرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . (ثالثا) ألا يكون للمشترى نقد

يشترى به للخبر المذكور . (رابعا) أن يشتريها بخرصها من التمر . ويجب أن يكون التمر الذى يشترى به معلوما بالكيل . ولا يجوز جزافا .. ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا . إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص إلى العرية . فينظر كم يجىء منها تمراً ، فيشتريها بمثل الرطب الذى عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال وألا يباع الرطب بالتمر ، خولف فى الأصل فى بيع الرطب بالتمر ، فبقى فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضى والأول أصح ، لأنه ينبنى على خرص الثمار فى العشر والصحيح خرصه تمراً ، ولأن المماثلة فى بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرا يفضى إلى فوات ذلك . (خامسا) التقابض فى المجلس ، وهو قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا ، لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لم يمكن اعتباره فى بيع العرايا . والقبض فى كل واحد منهما على حسبه ، ففى التمر اكتياله ، وفى الثمر التخلية . وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل ، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ، ثم مضيا جميعا إلى النخيل فسلمه إلى مشتريه ، ثم مضيا إلى التمر فسلمه البائع ، أو تسلم التمر أولا ثم مضيا إلى النخل فسلمه ، جاز ، لأن التفرق لم يحصل قبل القبض . إذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين ، أحدهما أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه . والثانى أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا أو بعتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا . فإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وأن باعه بموصوف فقبضه بكيله .

ويتبين من ذلك انه جاز التفاضل بين التمر والتمر فى بيع العرايا للحاجة ، فإن المشترى يعطى من التمر مثل مايؤول إليه مافى النخل من الرطب عند الجفاف . وغنى عن البيان أن التعادل التام بين ما أخذ المشترى من الرطب وما أخذ البائع من التمر غير ممكن ، فإن التقدير إنما يكون بالخرص أى

بالتخمين ، فاحتمال التفاضل كبير ، ومع ذلك جاز للحاجة ، وبنص الحديث الشريف .

بيع المصوغ :

وهنا أيضاً تدعو الحاجة إلى إباحة التفاضل ، فيجوز بيع الصياغة المباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء ، بفضة أو ذهب من مثلها متفاضلا . والفضل فى نظير الصياغة ، وإلا فالعاقل لا يبيع المصوغ بوزنه من جنسه ، فإن ذلك سفه وأضاعة للصنعة .

ويقول ابن القيم فى أعلامه الموقعين (جزء ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٧) فى هذه المسألة : « وعلى هذا فالمصوغ والحلية ، إن كانت صياغته كالآنية ، حرم بيعه بجنسه وبغير جنسه ، وبيع هذا هو الذى أنكره عبادة على معاوية (١) فإنه يتضمن مقابلة الصياغة المحرمة بالأثمان ، وهذا لا يجوز ، كآلات الملاهى . وأما إن كانت الصياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيح من حلية السلاح وغيرها ، فالعاقل لا يبيع هذه بوزنها من جنسها فانه سفه وأضاعة للصنعة . والشارع أحكم من أن يلزم الأمة بذلك ، فالشريعة لا تأتى به ولا تأتى بالمنع من بيع ذلك وشرائه لحاجة الناس إليه . فلم يبق

---

(١) جاء فى الروض النضير (جزء ٣ ص ٢٢٩) : « من حديث أبى الأشعث قال غزونا غزاة وعلى الناس معاوية ، فغنمنا غنائم كثيرة ، وكان فيما غنمناه آنية من فضة ، فأمر معاوية رجلا أن يبيعها فى أعطيات الناس ، فسارع الناس فى ذلك . فبلغ عبادة بن الصامت ، فقام فقال أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة الجديدة . فبلغ ذلك معاوية ، فقام خطيبا فقال ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث قد كنا نشهده ونصحبه ولم نسمعها منه . فقام عبادة ، فأعاد القصة ، ثم قال : لنحدثن بما سمعنا من رسول الله صلى عليه وسلم وأن كره معاوية ، ما أبالى ألا أصحبه فى جنده ليلة سوداء . وقيل أن عمر كتب الى معاوية ألا يبيع ذلك ألا مثلا بمثل ، وزنا بوزن ، وقال لعبادة ارجع إلى أرضك فقبحت أرض لست فيها ولا أمثالك .

إلا أن يقال لايجوز بيعها بجنسها البتة ، بل بيعها بجنس آخر ، وفى هذا من الحرج والعسر والمشقة ماتنفيه الشريعة ، فإن أكثر الناس ليس عندهم ذهب يشترون به مايحتاجون إليه من ذلك، والبائع لا يسمح ببيعه ببر وشعير وثياب، وتكليف الاستصناع لكل من احتاج إليه أما متعذر أو متعسر ، والحيل باطلة فى الشرع .وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب ، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذى تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه، فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع، فلو لم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس. يوضحه أن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان ، ولهذا لم تجب فيها الزكاة . فلا يجرى الربا بينها وبين الأثمان كما لايجرى بين الأثمان وبين سائر السلع . . . يوضحه أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى أن يباع الحلى ألا بغير جنسه أو بوزنه ، والمنقول عنهم إنما هو فى الصرف (٢) . . . يوضحه أن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سدا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل . . . وغاية مافى ذلك جعل الزيادة فى مقابلة الصياغة المباحة المتقومة بالأثمان فى الغصوب وغيرها . وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر فى خرقة تساوى فلسا ويقولون الخمسة فى مقابلة الخرقة ، فكيف ينكرون بيع الحلية بوزنها وزيادة تساوى الصناعة ، وكيف تأتى الشريعة الكاملة الفاضلة التى بهرت العقول حكمة وعدلا ورحمة وجلالة بإباحة هذا وتحريم ذلك ! وهل هذا إلا عكس للمعقول والنظر والمصلحة ! فإن قيل الصفات لاتقابل بالزيادة ، ولو قوبلت بها

---

(٢) ومع ذلك فقد جاء فى الروض النضير (جز. ٣ ص٢٢٩) : أخرج البيهقى فى سننه عن مجاهد، قال كنت أطوف مع ابن عمر، فجاءه صائغ فقال ياأبا عبد الرحمن أنى أصوغ الذهب، ثم أبيع الشىء من ذلك بأكثر من وزنه ، فاستفضل فى ذلك قدر عمل يدى فيه ، فنهاه عبد الله بن عمر عن ذلك . فجعل الصائغ يرد المسألة ، وعبد الله ينهاه ، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابة يريد أن يركبها . ثم قال عبد الله بن عمر : الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم ، لافضل بينهما ، هذا عهد نبينا صلى الله عليه وآله وسلم إلينا ، وعهدنا إليكم .

لجاز بيع الفضة الجيدة بأكثر منها من الردية وبيع التمر الجيد بأزيد منه من الردىء ، ولما أبطل الشارع ذلك علم أنه منع من مقابلة الصفات بالزيادة — قيل : الفرق بين الصنعة التى هى أثر فعل الآدمى ، وتقابل بالأثمان ، ويستحق عليها الأجرة ، وبين الصفة التى هى مخلوقة لله لا أثر للعبد فيها ولا هى من صنعته . فالشارع بحكمته وعدله منع من مقابلة هذه الصفة بزيادة ، إذ أن ذلك يفضى إلى نقضه ماشرعه من المنع من التفاضل ، فإن التفاوت فى هذه الأجناس ظاهر ، والعاقل لايبيع جنسا بجنسه إلا لما هو بينها من التفاوت ، فإن كانا متساويين من كل وجه لم يفعل ذلك ، فلو جوز لهم مقابلة الصفات بالزيادة لم يحرم عليهم ربا الفضل ، وهذا بخلاف الصياغة التى جوز لهم المعاوضة عليها معه . . . يوضحه أن الشارع لايقول لصاحب هذه الصياغة بع هذا المصوغ بوزنه واخسر صياغتك ، ولا يقول له لا تعمل هذه الصياغة واتركها ، ولا يقول له تحيل على بيع المصوغ بأكثر من وزنه بأنواع الحيل ، ولم يقل قط لاتبعه إلا بغير جنسه ، ولم يحرم على أحد أن يبيع شيئا من الأشياء بجنسه » .

بيع مادخلته الصنعة بوجه عام :

ويقاس على جواز بيع المصوغ بجنسه متفاضلا للحاجة بيع كل شىء دخلته الصنعة بجنسه متفاضلا متى قامت الحاجة إلى ذلك .

فيجوز بيع الخبز بالخبز متماثلا ومتفاضلا فى بعض المذاهب . قال ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥) : « واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه ، مثل الخبز بالخبز . فقال أبو حنيفة لابأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا . وقال الشافعى لايجوز متماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغييرا جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك ، فالأشهر فى الخبز عنده أنه يجوز متماثلا ، وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل

والتساوى . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وأن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن . فقال أبو حنيفة تنقله ، وقال مالك والشافعى لا تنقله. واختلفوا فى إمكان المماثلة فيهما . فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى فى كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس ، أعنى من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفى بعضها ليس يرى ذلك . وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال. فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان . وقد رام أصحابه التفصيل فى ذلك . والظاهر من مذهبه أنه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها . وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى. وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شىء شىء من الأجناس التى يقع بها التعامل وتمييزها من التى لا توجب ذلك ، أعنى فى الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة لم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تمييزها إلا ما يعطيه بادىء النظر فى الحال ، جاوب فيها بجوابات مختلفة . فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الأجوبة على قانون واحد ، عسر ذلك عليه . وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، . (١)

---

(١) ويحق لابن رشد أن يقول ذلك ، فقد تعود فى كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وهو من أجل المصنفات فى الفقه الإسلامى ، العناية بأصل المسائل عناية فائقة ، مع الإيجاز والإجمال . وعنده أن الفقيه ليس هو الذى يكثر من حفظ المسائل ، بل هو الذى يردها إلى أصولها ، ثم يخرج عليها مسائل جديدة . ونراه يقول فى هذا المعنى عن كتابه المشار إليه ما يأتى . «فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل . وبهذه الرتبة يسمى فقيها ، لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان . كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذى حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة =

ويقول ابن القيم (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٨) : « وأما الأصناف الأربعة ، ففرعها أن خرج عن كونه قوتاً لم يكن من الربويات ، وإن كانت قوتاً كان جنساً قائماً بنفسه، وحرم بيعه بجنسه الذى هو مثله متفاضلا كالدقيق بالدقيق والخبز بالخبز ، ولم يحرم بيعه بجنس آخر وإن كان جنسهما واحداً ، فلا يحرم السمسم بالشيرج ولا الهريسة بالخبز ، فإن هذه الصناعة لها قيمة فلا تضيع على صاحبها ، ولم يحرم بيعها بأصولها فى كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ، ولا حرام إلا ماحرمه الله كما أنه لا عبادة إلا ماشرعها الله ، وتحريم الحلال كتحليل الحرام » .

بيع الدراهم أو الدنانير المسكوكة :

وهنا يذهب ابن القيم إلى أن السكة لا تتقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فلا يجوز بيع الدراهم المسكوكة بفضة مع التفاضل . ولا تقابل السكة بزيادة . وهو يقول فى هذا المعنى (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٧) : « أن السكة لا تتقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فإن السلطان يضربها لمصلحة الناس العامة وإن كان الضارب يضربها بأجرة ، فإن القصد بها أن تكون معياراً للناس لا يتجرون فيها كما تقدم . والسكة فيها غير مقابلة بالزيادة فى العرف ، ولو قوبلت بالزيادة فسدت المعاملة ، وانتقضت المصلحة التى ضربت لأجلها ، واتخذها الناس سلعة ، واحتاجت إلى التقويم بغيرها . ولهذا قام الدرهم مقام الدرهم من كل وجه ، وإذا أخذ الرجل الدراهم رد نظيرها » .

أما ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٣ — ص ١٦٤) فيقول : « وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض

= لا الذى يقدر على عملها ، وهو بين أن الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذى يصنع لكل قدم خفاً يوافقه. فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٢ — ص ١٦٣) .

متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة فى ذلك ، إلا معاوية فأنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ماروى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه ، فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو ألا يكون به بأس . وبه قال ابن القاسم من أصحابه. وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء».

فهذا مالك ، كما يقول ابن رشد ، ومعه صاحبه ابن القاسم يقولان بجواز أن يشترى التاجر الدرهم والدينار المسكوكين بالورق مع التفاضل ، والفضل أجرة السكة ، ولا يكلف الانتظار إلى أن يسك له ورقه ، فتفوته الرفقة ، أو يفوته السوق . وهذه حاجة قد قامت تبرر التفاضل فى بيع الدراهم المسكوكة ، حتى لا تفوت مصلحة راجحة .

ويفسر القرطبى ذلك فى تفسيره «الجامع لأحكام القرآن ٣ ص ٣٥١» ، فيقول : «لا اعتبار بما قد روى عن كثير من أصحاب مالك ، وبعضهم يرويه عن مالك ، فى التاجر يحفزه الخروج وبه حاجة إلى دراهم مضروبة أو دنانير مضروبة ، فيأتى دار الضرب بفضته أو ذهبه ، فيقول للضراب : خذ فضتى هذه أو ذهبى ، وخذ قدر عملك ، وادفع إلىّ دنانير مضروبة فى ذهبى أو دراهم مضروبة فى فضتى ، لأنى محفوز للخروج وأخاف أن يفوتنى من أخرج معه. أن ذلك جائز للضرورة ، وأنه قد عمل به بعض الناس . وحكاه ابن العربى فى كتبه عن مالك فى غير التاجر ، وأن مالكا خفف فى ذلك ، فيكون فى الصورة قد باع فضته التى زنتها مائة وخمسة دراهم أجرة بمائة . وهذا محض الربا . والذى أوجب جواز ذلك أنه لو قال له : اضرب لى هذه وقاطعه على ذلك بأجرة فلما ضربها قبضها منه وأعطاه أجرتها ، جاز ، فالذى فعل مالك اولا هو الذى يكون آخراً ، ومالك إنما نظر إلى المآل فركب عليه حكم الحال . وأباه سائر الفقهاء . قال ابن العربى : والحجة فيه لمالك بينة . قال أبو عمر رحمه الله : وهذا هو عين الربا الذى حرمه رسول الله صلى الله

عليه وسلم بقوله من زاد أو ازداد فقد أربى . وقد رد ابن وهب هذه المسألة على مالك وأنكرها . وزعم الأبهرى أن ذلك من باب الرفق لطلب التجارة ولئلا يفوت السوق ».

وها نحن نتبين مما قدمناه من التطبيقات أن منطقة ربا الفضل كما اتسعت للشبهة ، فأنها قد ضاقت فى بيع العرايا وفى بيع المصوغ وفى بيع ماتدخله الصنعة وفى بيع الدراهم والدنانير المسكوكة ، ضاقت فى كل هذه البيوع ، وغلبت الحاجة ، فأحلت من ربا الفضل صوراً دعت إلى إباحتها مقتضيات التعامل .

ثانياً : الاتجاه الذى يميز مابين الربا الوارد فى القرآن الكريم والربا الوارد فى الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلى والثانى ربا خفى

أنواع الربا الثلاثة :

يتبين مما قدمناه أن هناك أنواعا ثلاثة من الربا :

الأول : ربا الجاهلية ، وهو الربا الذى نزل فيه القرآن الكريم ، وخصيصته الأولى هى أن يقول صاحب الدين للمدين عند حلول أجل الدين : أما أن تقضى وأما أن تربى .

الثانى : ربا النسيئة الوارد فى الحديث الشريف ، وهو أوسع كثيراً فى مداه من ربا الجاهلية ، بل ويختلف عنه إختلافا بيناً فى كثير من الصور . فقد رأينا أنه بيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون أو الجنس بجنسه نسيئة لا فوراً ، ولو من غير تفاضل . وهذا عند الحنفية . أما عند الشافعية فهو بيع الطعام بالطعام أو الثمن بالثمن نسيئة لافوراً ، ولو من غير تفاضل .

الثالث : ربا الفضل الوارد فى الحديث الشريف . وهو بيع المكيل أو الموزون بجنسه متفاضلا عند الحنفية . أو هو بيع الطعام أو الثمن بجنسه متفاضلا عند الشافعية . وقد تقدم بيان ذلك .

التمييز الذى قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة :

وابن القيم ، فيما رأينا ، قد ميز بين الربا الجلى والربا الخفى . فالربا الجلى هو كما يقول فى أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ٩٩) : « ربا النسيئة وهو الذى كانوا يفعلونه فى الجاهلية ، مثل أن يؤخر دينه ويزيده فى المال ، وكلما أخره زاده فى المال ، حتى تصير المائة عنده آلافا مؤلفة » . فواضح إذن أن الربا الجلى عند ابن القيم هو ربا النسيئة الذى تعودوا عليه فى الجاهلية ، وهو الربا الذى يقول فيه الدائن للمدين إما أن تقضى وإما أن تربى . أما الربا الخفى ، فهو ماحرم لأنه ذريعة إلى الجلى ، ولما كان ربا الفضل هو الربا الذى « تحريمه من باب سد الذرائع » (ص ١٠٠) ، فالربا الخفى إذن هو ربا الفضل وحده .

فإذا كان الربا الجلى عند ابن القيم هو ربا الجاهلية وهو النوع الأول ، والربا الخفى هو ربا الفضل وهو النوع الثالث ، فأين يضع النوع الثانى من الربا ، وهو ربا النسيئة الوارد فى الحديث الشريف ؟ أهو ربا جلى فيلحق بربا الجاهلية ؟ أم هو ربا خفى فيلحق بربا الفضل ؟ الظاهر أن ابن القيم قد ألحقه — دون أن يصرح بذلك — بربا الجاهلية وجعله ربا جليا مثله . فهو عندما يتكلم عن ربا النسيئة باعتبار أنه هو الربا الجلى ، يقصد كلا من ربا الجاهلية وربا النسيئة الوارد فى الحديث الشريف .

تمييز ابن القيم فيه تحكم :

ولا يسعنا إلا أن نقف عنـــدما ينطوى عليه التمييز الذى يقول به ابن القيم من التحكم . فهو قد ألحق ربا النسيئة بربا الجاهلية ، وجعل للنوعين

حكما واحداً ، مع أن مصدر التحريم مختلف : فى ربا الجاهلية مصدر التحريم القرآن الكريم ، وفى ربا النسيئة مصدر التحريم الحديث الشريف . ثم هو فى الوقت ذاته قد فصل ما بين ربا النسيئة وربا الفضل ، فجعل الأول جلياً والثانى خفياً ، مع أن مصدر التحريم فيهما واحد وهو الحديث الشريف .

ولا شك فى أن هذا تحكم لا مبرر له . فأما أن يجعل للأنواع الثلاثة من الربا حكما واحدا ، ويعتبر أن درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف معادلة لدرجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم ، كما فعل فقهاء المذاهب فيما قدمنا . وأما أن يميز بين درجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم فيجعل ربا الجاهلية وحده هو الربا الجلى ، وبين درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف فيجعل كلا من ربا النسيئة وربا الفضل ربا خفيا ، ولا يقصر الربا الخفى على ربا الفضل وحده .

هذا الرأى الثانى ، الذى يقضى بفصل ربا الجاهلية الوارد فى القرآن الكريم عن كل من ربا النسيئة وربا الفضل الواردين فى الحديث الشريف ، هو الرأى الذى يقول به طائفة من الفقهاء المحدثين . وعلى رأسهم الأستاذ السيد رشيد رضا .

التمييز ما بين الربا الوارد فى القرآن الكريم والربا الوارد فى الحديث الشريف :

ذهب السيد رشيد رضا فى رسالته فى الربا إلى أن الربا المحرم هو ربا الجاهلية وحده . فهو الربا الوارد فى القرآن الكريم ، وهو الربا الذى يؤدى إلى خراب المدين إذ المدين بين أن يقضى أو أن يربى ، ويعجز عن القضاء عادة ، فليس أمامه إلا أن يربى . ولا يزال الدين يتضاعف حتى يؤوده ، ثم يؤدى إلى إفلاسه . فهذا النوع من الربا هو الربا الخبيث ، ويكون معقولا

ما ورد فى القرآن الكريم فى شأنه من وعيد شديد . وهو الربا الجلى الذى حرم تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فلا يجوز التعامل به إلا للضرورة الملحة ، وهى الضرورة التى تصل فى الألحاح إلى حد أباحة الميتة والدم .

يبقى إذن ربا النسيئة وربا الفضل الواردان فى الحديث الشريف، فما هو حكمهما ؟ يذهب السيد رشيد رضا إلى أن النهى عنهما فى الحديث إنما جاء سدا للذريعة إلى الربا المحرم القطعى ، وهو ربا الجاهلية ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . فهو يرى أن بيع الأصناف الستة بمثلها مع التفاضل ، نقداً أو نسيئة ، فضلا عن تثمير الأموال بالشركات التجارية التى لا تلتزم شروط الفقهاء فيها ، كل هذا لا يدخل فى الربا المحرم . « وإنما يظهر - كما يقول - من سبب النهى عن هذه البيوع إنه سد لذريعة الربا المحرم القطعى ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . . ومن المنهيات فى الأحاديث ماهو محرم، وماهو مكروه ، وماهو خلاف الأولى ، وماهو لمحض الإرشاد لا للتشريع الدينى. وإنما يكون التمييز بين هذه الأنواع بالأدلة الخاصة ، أو القواعد العامة ، أو التعارض بين النصوص وترجيح الأقوى ، كالنهى عن أكل لحوم سباع الوحش والطير مع حصر نصوص القرآن لمحرمات الطعام فى الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به . وقد حققنا أن النهى فيه للكراهة ، وفاقا لمذهب مالك ، جمعا بينه وبين نصوص القرآن القطعية الرواية والدلالة بصيغتى الحصر . وبينا فيه أن التعبير فى بعض الروايات بالتحريم قد يكون رواية بالمعنى لفهم الراوى أن المراد من النهى التحريم. وكذلك يقال فى النهى عن بيع النقدين وأصول الأغذية المذكورة فى حديث عبادة، ألا يدا بيد مثلا بمثل إذا اتحد الجنس ، والاكتفاء بالتقابض إذا اختلف ، ومما يدل على أن هذا النهى غير مقصود بالذات ماصح فى إباحة بيع العرايا ، وفى بيع الكثير من التمر الردىء بقليل من التمر الجيد بأنه يجعل العقد على بيع كل منهما بالثمن (١) » .

---

(١) رسالة السيد رشيد رضا فى الربا ص ٨٠ — ص ٨٤ نقلا عن مقال الأستاذ زكى الدين بدوى ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ من مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة .

وواضح من هذه العبارات الأخيرة أن السيد رشيد رضا ، بعد أن اعتبر ربا الجاهلية هو الربا الجلى ، وهو الربا المحرم لذاته تحريم مقاصد ، فلا يجوز إلا للضرورة الملحة التى تبيح الميتة والدم ، ينزل بعد ذلك بالنوعين الآخرين من الربا — ربا النسيئة وربا الفضل الواردين فى الحديث الشريف — إلى منزلة دنيا من الحظر ، إذ أن الظاهر من عبارته إنه يعتبر أن النهى عنهما الوارد فى الحديث الشريف إنما هو للكراهة لا للتحريم ، كالنهى عن أكل سباع الوحش والطير . وهذا يقرب كثيرا من مذهب ابن عباس الذى سنبينه فيما يلى .

وغنى عن البيان أن القول بأن ربا النسيئة وربا الفضل إنما نهى عنهما فى الحديث الشريف نهى كراهة لا نهى تحريم لا يتفق مع ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية منذ القديم . وقد اعترض الأستاذ زكى الدين بدوى بحق على هذا الرأى فى مقاله المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد (١) ، فقال : « خلاصة رأى السيد رشيد رضا المتقدم حصر الربا المحرم فى ربا الجاهلية الذى لا يدخل فى مفهومه لا القرض بفائدة تشترط عند العقد ، ولا بيع الأصناف الستة الواردة فى السنة ، ولا المعاملات الأخرى التى ألحقها فقهاء المذاهب الأربعة بالأصناف الستة فى التحريم . وأنا نلاحظ على هذا الرأى إنه ، مع صحته فيما يتعلق بالقرض بفائدة وغيره من المعاملات التى عدى إليها الفقهاء حكم التحريم فى بيع الأصناف الستة بجامع علل اختلفوا فيها اختلافا كبيراً ، بما يؤيد رأيه فى أن تحديد الوسائل ودرجة إفضائها إلى المقاصد من أشق الأمور التى تختلف فيها الأفهام ، فلا تطمئن النفس إلى أن يكون شىء كهذا مناطاً للقول بالتحريم الدينى — أقول مع التسليم بصحة رأيه فى هذه الجزئية ، فإنه يتعذر التسليم به فى جزئية أخرى . وهى قوله

---

(١) السنة التاسعة ص ٣٨٧ وما بعدها .

بعدم دخول بيع الأصناف الستة فى الربا المحرم ، لأن بيع هذه الأصناف وأن كان وسائل وذرائع إلى الربا . إلا أنها وسائل وذرائع منصوصة ، ودلالة الأحاديث عليها لا تختلف فيها الأفهام . أما قوله أن النهى عن بيع هذه الأصناف كان تورعا لافادة أن بيعها خلاف الأولى ، أو كان للكراهية فقط لا للتحريم ، فدعوى تتعارض مع ظواهر نصوص الأحاديث والمأثور عن الصحابة . فظاهر الأحاديث يفيد التحريم ، إذ أطلق على هذه البيوع لفظ الربا ، ومعلوم أثمه وما خص به من شديد الوعيد . فإذا سلمنا أن إطلاق لفظ الربا هنا من قبيل المجاز ، لأن هذه البيوع ذرائع إلى الربا وليست فى ذاتها ربا ، فلا أقل من أن تكون للشارع حكمة فى إلحاقها بالربا ، وهى أن يكون لها حكمه وهو الحرمة ، وإن كانت حرمتها أخف من حرمة الربا الحقيق ، بحيث يتجاوز عنها فيما تدعو إليه الحاجة كما هو رأى ابن القيم (٢) .

ويبدو أنه يجب الذهاب إلى مدى أبعد مما ذهب إليه الاستاذ زكى الدين ، والقول بأن ربا النسيئة وربا الفضل لا يقتصران عـــلى الأصناف الستة المذكورة فى الحديث الشريف ، بل يجاوزانها إلى ماعداهما إليه المذاهب الفقهية من الأصناف الأخرى وهذا هو الذى انعقد عليه الإجماع . وإن كل ذلك ربا محرم ، لا مكروه فحسب . ولكنه محرم تحريم وسائل ، لا تحريم مقاصد . فربا الفضل وسيلة إلى ربا النسيئة ، ما فى ذلك من شك ، وقد بيناه فيما تقدم . وربا النسيئة وسيلة إلى ربا الجاهلية ، إذ يكفى فى ربا النسيئة عند حلول أجل الدين أن يزيد الدائن فى الأجل مشترطا أن يزداد فى الفائدة ، ليصل من هذا الطريق إلى ربا الجاهلية . فكل من ربا الفضل وربا النسيئة إذن وسائل

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٤٣٣ — ص ٤٣٤ ، وانظر أيضا ما ذهب أليه رئيس الاتحاد الأسلامى ببندونج (جاوة) من أن أحاديث الربا هى من وضع اليهود أدخلوها على المسلمين بقصد الأضرار بهم عن طريق تحريم التجارة عليهم فى الأصناف التى تجرى فيها معظم المعاملات لتكون التجارة فى أيدى اليهود ، وتفنيد الأستاذ الجزيرى والأستاذ زكى الدين لهذا الرأى الغريب فى مقال الأستاذ زكى الدين (مجلة القانون الإقتصاد ٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٤٦) .

إلى ربا الجاهلية ، وقد حرمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لا يتذرع بهما إلى هذا الربا الممقوت ، فتحريمهما إذن هو من تحريم الوسائل لا من تحريم المقاصد .

ثالثاً - الاتجاه الذى لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد فى القرآن الكريم

لا ربا إلا فى النسيئة :

يستدل أصحاب هذا الاتجاه - وعلى رأسهم ابن عباس - بحديث رواه ابن عباس نفسه عن أسامة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا ربا إلا فى النسيئة » . فهم لا يحرمون ربا الفضل ، ولا يحرمون إلا ربا النسيئة .

وقد قيل أن ابن عباس لم يكن بلغه حديث الربا الذى رواه سعيد الخدرى ، فلما بلغه هذا الحديث رجع عن رأيه فى عدم تحريم ربا الفضل . ولكن هذه الرواية مشكوك فيها ، فسنرى ما يرويه السرخسى فى المبسوط من ان سعيدا الخدرى نفسه ذهب إلى ابن عباس ، وجرى بينهما جدال عنيف فى مسألة ربا الفضل ، سعيد يحرمه للحديث الذى رواه ، وابن عباس يحلله لحديث اسامة « لا ربا إلا فى النسيئة » ، وينتهى هذا الحوار بأن يقول سعيد والله لا آوانى وإياك ظل بيت مادمت على هذا القول .

والظاهر هو ما نقله السبكى فى تكملة المجموع فى شرح المهذب عن الشافعى ان راى ابن عباس فى عدم تحريم ربا الفضل هو رأى أهل مكة ، ولعلهم كانوا يمارسون التجارة على نحو يضيق بربا الفضل ، وان المكيين قد بلغهم دون شك حديث ربا الفضل ، ولكنهم كانوا يؤولونه على الكراهية لا على التحريم (تكملة المجموع لشرح المهذب جزء ١٠ ص ٣٨) .

وربا النسيئة فى هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده :

ثم إن ربا النسيئة عند أصحاب هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده ، وهو

غير ربا النسيئة الذى يشير إليه الحديث الشريف فى آخر عبارته : «وأن اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» ، أى عند اختلاف الجنس فى الأصناف الربوية يجوز الفضل فى المبادلة ، ولكن لاتجوز النسيئة بل يجب أن يكون التبادل يداً بيد .

فى مواجهة ربا النسيئة الوارد فى الحديث الشريف يقوم الربا الذى كان معروفا فى الجاهلية، وهو ربا من نوع آخر سبقت الاشارة اليه، ويقول فى بيانه ابن عباس: «كان الرجل منهم إذا حل دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه زدنى فى الأجل وأزيدك فى المال. فإذا قيل لهم هذا ربا. قالوا هما سواء، يعنون بذلك أن الزيادة فى الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء» (أحكام القرآن للجصاص ١ ص٤٦٤) . والربا الوارد فى القرآن هو ربا الجاهلية هذا دون غيره ، وفى الآية الكريمة أشارة إلى ماذكروه من أن الزيادة فى الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل سواء، إذ يقول الله تعالى . «ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا».

فالربا المحرم ، فى رأى ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد وعطاء بن رباح وسعيد وعروة، مقصور على ربا الجاهلية وحده، وهو الذى كان معروفاً عند العرب وقد أشار إليه النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع حين قال : ألا أن كل ربا فى الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، لكم رؤوس أموالكم لاتظلمون ولا تظلمون . ثم أشار إليه عليه السلام حين قال فى حديث أسامه : أنما الربا فى النسيئة ، وتعريف «الربا» باللام فى القرآن للعهد ، أى الربا الذى كان معهوداً عند العرب حين نزلت آيات الربا فى القرآن الكريم . والذى يقطع عند ابن عباس فى أن الربا الذى حرمه القرآن الكريم هو ربا النسيئة الذى كان معروفاً فى الجاهلية أن سياق الآية يدل على أن المذكور فى كتاب الله ربا النساء لا ربا الفضل ، فإنه قال : فله

ما سلف، وذروا ما بقى من الربا. وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة. وأن تبتم فلكم رؤوس أموالكم. فالقرآن لا يتحدث إلا عن ربا النسيئة المعروف فى الجاهلية، أما غيره فيبقى على الحل. ولا يمكن أن يقال إنما يحرم غيره بالحديث، فإن هذا القول يقتضى تخصيص ظاهر القرآن بخبر الواحد، وأنه غير جائز» (الفخر الرازى فى مفاتيح الغيب، ص ٣٥٢).

ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس :

ويرد الفقهاء على أدلة ابن عباس ردودا كثيرة متشعبة، نقتصر منها على ماذكره ابن رشد فى بداية المجتهد، وما ذكره السبكى فى تكملة المجموع لشرح المهذب.

يقول ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٦٣): «أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلا بمثل، يداً بيد، إلا ماروى عن بن عباس ومن تبعه من المكيين، بأنهم أجازوا بيعه متفاضلا، ومنعوه نسيئة فقط. وإنما صار ابن عباس كذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا ربا إلا فى النسيئة، وهو حديث صحيح. فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث، فلم يجعل الربا إلا فى النسيئة. وأما الجمهور فصاروا إلى رواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب ألا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز، وهو من أصح ماروى فى هذا الباب، وحديث عباده ابن الصامت حديث صحيح أيضاً فى هذا الباب فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث. إذ كانت نصاً فى ذلك. وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص فى ذلك، لأنه روى فيه لفظان، أحدهما أنه قال إنما الربا فى النسيئة، وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب، وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص. وأما اللفظ

الآخر، وهو لا ربا إلا فى النسيئة ، فهو أقوى من هذا اللفظ ، لأن ظاهره يقتضى أن ماعدا النسيئة فليس ربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله لا ربا إلا فى النسيئة من جهة أنه الواقع فى الأكثر ، وإذا كان هذا محتملا والأول نص، وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما ».

ويمكن تلخيص ما ذكره السبكى فى تكملة المجموع لشرح المهذب (جزء ١٠ ص٥٠ وما بعدها) فيما يأتى :

(أولا) أن الحديث الوارد فى تحريم ربا الفضل وربا النسيئة قطعى المتن قطعى الدلالة ، وهو على كل حال حديث مشهور ، وهذا يكفى لتخصيص ظاهر القرآن بالحديث . ولا فرق بين ربا الجاهلية وربا النسيئة وربا الفضل فكل ذلك ربا محرم بحكم القرآن ، فإن لفظ «الربا» فى الآيات لفظ مجمل تبينه السنة (انظر أيضاً الجصاص فى أحكام القرآن ١ ص ٤٦٤ ـ الفخر الرازى فى مفاتيح الغيب ص ٣٥٧) .

(ثانياً) يمكن تأويل حديث أسامة « إنما الربا فى النسيئة» بما نقل عن الشافعى من أنه «يحتمل أن يكون الراوى — أسامه — سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الربا فى صنفين مختلفين ، ذهب بفضة وتمر بحنطة ، فقال : إنما الربا فى النسيئة ، فحفظه . فأدى قول النبى صلى الله عليه وسلم،ولم يؤد مسألة السائل. أو يؤول بما نقل عن الماوردى من أنه محمول على الجنس الواحد ، ويجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نساء . أو يؤول بأنه محمول على بيع غير الأصناف الربوية، كبيع الدين بالدين المنهى عنه بحديث « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالىء بالكالىء» . بل يجوز أن يقال أن حديث أسامة نسخ بحديث أبى سعيد الخدرى .

(ثالثاً) أن حديث أسامة « لا ربا إلا فى النسيئة» إذا لم يمكن تأويله ،ولم يصح القول بنسخه ، يمكن التوفيق بينه وبين حديث أبى سعيد الخدرى على الوجه الذى أشار إليه الحافظ بن حجر فى فتح البارى على صحيح البخارى فيما يأتى : «واتفق العلماء على صحة حديث أسامة ، واختلفوا فى الجمع بينه وبين

حديث أبي سعيد . فقيل منسوخ ، ولكن النسخ لا يثبت بالاحتمال . وقيل المعنى فى قوله «لا ربا» الربا لأغاظ المتوعد عليه بالعقاب الشديد ، كما تقول العرب لا عالم فى البلد إلا زيد ، مع أن فيها علماء غيره ، وإنما القصد نفى الأكمل لا نفى الأصل . وأيضاً فنفى تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم ، فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالته بالمنطوق ، ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر كما تقدم .» .

(رابعاً) من القائلين برأى ابن عباس من الصحابة من ثبت عنه الرجوع عن هذا الرأى بيقين ، وذلك كابن عمر وابن مسعود. ومنهم من اختلف فى رجوعه كابن عباس نفسه . ويورد السرخسى فى المبسوط (جزء ١٢ ص ١١١ - ص ١١٢) قصة احتمال رجوع ابن عباس عن رأيه على الوجه الآتى :

«. . . . وحرمة التفاضل ، وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، إلا التى روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل فى هذه الأموال . ولا معتبر بهذا القول ، فإن الصحابة رضى الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد ، على ماروى أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه مشى إليه ، فقال يا ابن عباس إلى متى تؤكل الناس الربا ، أصحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم مالم يصحب ! أسمعت منه مالم يسمع ! فقال لا ، ولكن حدثنى أسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ربا إلا فى النسيئة . فقال والله لا آوانى وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول . وقال جابر بن زيد رضى الله تعالى عنه : ما خرج ابن عباس رضى الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة . فان لم يثبت رجوعه ، فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله ، فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول . وتأويل حديث أسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير ، والذهب بالفضة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ربا إلا فى النسيئة ، فهذا بناء على ما تقدم

من السؤال ، فكأن الراوى سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله » .

والظاهر أن رجوع ابن عباس عن قوله فى عدم تحريم ربا الفضل مشكوك فيه ، فهذا سعيد ابن جبير يروى عن ابن عباس أنه قال : ما كان الربا قط فى ها وهات » ، وحلف سعيد ابن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات .

§ ٣ — ما ينبغى أن يكون عليه موقف الفقه الاسلامى من الربا فى العصر الحاضر

أما ما ينبغى أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامى من الربا فى العصر الحاضر ، فقد تباينت الآراء فى ذلك ، وتعارضت الاتجاهات . وبحسبنا أن نسجل هنا اتجاهين عصريين متعارضين فى الربا ، أحدهما يستبقيه واسعاً كما هو فى المذاهب الفقهية ، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه .

ثم ننتقل بعد ذلك إلى ما نعتقد أن يكون هو الموقف المعقول للفقه الإسلامى من الربا فى العصر الحاضر .

ونختم البحث ببيان الموقف الفعلى الذى وقفته من الربا التقنينات المدنية العربية .

أولا — اتجاهان متعارضان فى مسألة الربا فى العصر الحاضر .

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الاسلامى المنعقد بباريس سنة ١٩٥١

انعقد مؤتمر للفقه الاسلامى فى باريس سنة ١٩٥١ ، وكان الربا من بين المسائل الهامة التى تناولها بحث المؤتمر . وقد ظهر أن هناك إتجاهين متعارضين فى مسألة الربا فى العصر الحاضر .

الاتجاه الأول يستبقيه كما هو فى المذاهب الفقهية ، لا يميز بين ربا وربا ، فجميع أنواع الربا محرمة تحريماً قطعياً . وقد مثل هذا الاتجاه الأستاذ محمد عبد الله دراز فى المحاضرة التى ألقاها فى المؤتمر . ومثل الاتجاه الآخر — وهو الاتجاه الذى يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التى حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولا جوهرياً وأن حكم الربا فى العصر الحاضر ينبغى أن يختلف عما كان عليه فى العصور السابقة — الأستاذ معروف الدواليبى فى محاضرة أخرى ألقاها فى المؤتمر .

الاتجاه المحتفظ بأحكام المذاهب الفقهية فى الربا :

يروى الأستاذ دراز حديث الربا المعروف ، ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت الأصناف الستة الواردة فى الحديث أمثلة من قاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التى تقوم عليها الحياة والتى مردها — فى الرأى الراجح عند الفقهاء — إلى نوعين : الأثمان والمطعومات .

ثم يقول (ص ١٤ — ص ١٥ من المحاضرة) : « ومهما يكن من أمر فى شأن هذا الاختلاف الفرعى ، فإن هذه القاعدة تقضى بتقسيم الأشياء التى يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب : الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد ، كالذهب بالذهب ، فها هنا يخضع التبادل لشرطين اثنين : التساوى فى الكم والفورية فى التبادل ، أعنى عدم تأجيل شىء من البدلين . الضرب الثانى أن يكونا من نوعين مختلفين من جنس واحد ، كالذهب بالفضة وكالقمح بالشعير ، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية ، فلا يضر اختلاف الكم . الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين ، كالفضة والطعام ، فلا يشترط فى هذا شىء من القيدين المذكورين ، بل يكون التقايض فيهما حراً . هكذا كلما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة ، فان الشريعة لا تضع أمام

حرية التبادل حداً من الحدود . اللهم إلا المبدأ العام فى المعاملة وهو تحرى الصدق والأمانة . فإذا ما أخذت طبيعة البدلين تتقارب ، بدون أن تتحد ، نرى عند المشرع شيئا من الحذر المعقول المبنى على احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة ربوية . ولذلك نجده ، مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين فى الكم، يحظر عليهما تأجيل أحد العوضين . سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع . أما إذا اتحدت طبيعة البدلين — مع التفاوت فى الأوصاف والقيم طبعاً وإلا لما كان هناك معنى للتبادل — فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التى من أجلها منع تأجيل البدل ، وذلك أن من شأن هـذا التأجيل أن يحمل فى طيه فكرة محظورة ، وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع » .

ويذهب الأستاذ دراز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا فى جميع صوره . فهناك الدعامة الأخلاقية التى إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أى البيع) ، فإنها لا تجوزه من طريق المجاملة (أى القرض) . وهناك الدعامة الاجتماعية ، وهذه تقضى بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون فى مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض ، هذا الوضع فيه محاباة للمال وإيثار له على العمل ، وبهذه الوسيلة نزيد فى توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة ، بدلا من أن نشجع المساواة فى الفرص بين الجميع ، وأن نقارب بين مستوى الأمة حتى يكون أميل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة. « إن اللمحة البارزة فى التشريع القرآنى ، وكذلك فى كل تشريع اجتماعى جدير بهذا الإسم ، هى الحيلولة دون هـذه المحاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح ، والسعى لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة . إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد ، تلك التى يرسم فيها القرآن دستور هـذه السياسة حيث يقول : كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » (ص ٢٠) .

وهناك أخيراً الدعامة الإقتصادية ، فإنه « بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال فى يد شخص واحد ، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذلك المال ، بل صار المقترض هو الذى يتولى تدبيره تحت مسئوليته التامة ، لربحه أو لخسره . حتى أن المال إذا هلك أو تلف ، فانما يهلك أو يتلف على ملكه . فاذا أصررنا على إشراك المقرض فى الربح الناشىء ، وجب علينا فى الوقت نفسه أن نشركه فى الخسارة النازلة ، إذ كل حق يقابله واجب ، أو كما تقول الحكمة النبوية : الخراج بالضمان . أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد ، فذلك هو معاندة للطبيعة . . . ومتى قبلنا اشتراك رب المال فى الربح والخسر معاً ، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى ، وهى الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل . وهذه الشركة لم يغفلها القانون الإسلامى ، بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض . غير أنه لكى يقبل رب العمل الخضوع لهذا النوع من التعامل يجب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل فى كل احتمالاته ، وهذه فضيلة لا يملكها المرابون ، لأنهم يريدون ربحا بغير مخاطرة ، وذلك هو ما يسمى تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها . هكذا إذا سرنا وفقاً للأصول والمبادىء الاقتصادية فى أدق حدودها ، كانت لنا الخيرة بين نظامين اثنين لا ثالث لهما : فأما نظام يتضامن فيه رب المال والعامل فى الربح والخسر ، وأما نظام لا يشترك فيه معه فى ربح ولا خسر . ولا ثالث لهما إلا أن يكون تلفيقاً من الجور والمحاباة » (ص٢١) .

ثم ينتقل الأستاذ دراز إلى المسألة العملية الهامة فى محاضرته فيقول :

« وأما المسألة الثانية ، وهى حكم الربا فى وقتنا هذا ، فانها ليست قضية مبدأ ، وإنما هى قضية تطبيق . . . وهى فوق ذلك ليست فيما أرى من الشؤون التى يقضى فيها فرد أو بضعة أفراد ، بل ينبغى أن يتداعى لها طوائف من الخبراء فى القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلة . وكل ما أريد أن أقوله

الآن يتلخص فى جملتين صغيرتين ، أرجو أن يتخذا أساساً للبحث فى التفاصيل (الأولى) هى أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون ، بل فوق كل قانون ، قانوناً أعلى يقوم على الضرورة التى تبيح كل محظور . « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » . (الثانية) هى أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقاً مشروعاً ، لا يكفى أن يكون المرء عالما بقواعد الشريعة ، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع فى تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة فى الإسلام ، فانه أن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء ، كما هى سنة الله فى أهل العزائم من المؤمنين . « ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب » (ص٢١ - ص٢٢) .

ويبدو أن الأستاذ دراز يقرر كمبدأ عام تحريم الربا فى جميع صوره وأشكاله ، دون تدرج فى مرتبة التحريم بأن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هـــو محرم تحريم الوسائل . وإذا تكلم عن الضرورة التى تبيح الربا ، فإنما هى الضرورة الملحة التى يكون من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم ، وذلك فى جميع صور الربا دون استثناء ، وليست الضرورة عنده هى مجرد الحاجة . بل أنه ليوصى فى آخر عبارته بالهوادة والتأنى قبل القول بقيام الضرورة ، ويتطلب ممن يقول بذلك ، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية ، ورعا وتقوى يحجزانه « عن التوسع أو عن التسرع فى تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة فى الإسلام ، فانه إن فعل عسى ألا يجد حاجة للترخص ولا للاستثناء » .

على أننا نلاحظ أن الأستاذ دراز من جهة أخرى يسلم بأن هناك صورا من الربا إنما حرمت سدا للذرائع ، فتحريمها تحريم للوسائل لا للمقاصد . فهو

يقول (ص ١٥) : « ولذلك نجده (أى المشرع) مع ترخيصه لها بتفاوت البدلين فى الكم يحظر عليها تأجيل أحد العوضين ، سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع». ثم يقول (ص ١٧) : «وواضح أن تسمية الربح المجتلب من طريق هذا التبادل ، الذى تنتقصه الصراحة والأمانة ، باسم الربا ، إنما هى تسمية مجازية ، قصد منها إلى إبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الانسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقى الذى هو مثل من السحت وأكل المال بالباطل». إذن هناك رباً حقيقى هو مثل فى السحت وأكل المال بالباطل ، وهناك رباً مجازى سمى ربا لابراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الانسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقى . أليس الربا الحقيقى والربا المجازى فى لغة الأستاذ دراز هو الربا الجلى والربا الخفى فى لغة ابن القيم ؟ بل إننا نرى الأستاذ دراز يساير ابن القيم فيما ذهب إليه من جواز بيع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً ، فهو يقول (ص ١٦) : « فإذا صح ما ذهبنا إليه فى تفهم مقاصد الشريعة من هذا الحكم ، لم يبق هناك حرج قط - كما أوضحه ابن القيم فى أعلام الموقعين . فى أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً أو المصوغات الفضية بأكثر من وزنها فضة. ذلك لأن قيمة الصنعة قد قدرت هنا بمعيارها الواضح المحدد الذى لا يدع مجالا لتزييف تراضى المتبايعين». فهل يميز الأستاذ دراز فى الحكم بين الربا الحقيقى والربا المجازى ، كما ميز ابن القيم فى الحكم بين الربا الجلى والربا الخفى ؟ وهل هو يقر ابن القيم على أن الربا الحقيقى لا يجوز إلا للضرورة الملحة ، أما الربا المجازى فيجوز لمجرد الحاجة ؟ وهل أباح الأستاذ دراز ، كما أباح ابن القيم ، أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً لقيام الحاجة دون أن تقوم الضرورة؟ لا نظن ذلك . فان الأستاذ دراز يعلل الأمر فى المصوغات الذهبية بأن للصنعة قيمة يقابلها شىء من الثمن ، فهو لا يتكلم هنا لا عن الضرورة ولا

عن الحاجة . ثم أن تمييزه بين الربا الحقيقى والربا المجازى لا يريد من ورائه تمييزا فى الحكم ، بل مجرد الإيضاح والبيان ، وإلا فهو قد جمع بين صور الربا كلها فى حكم واحد وهو التحريم القطعى ، ولم يجز الربا فى أية صورة من صوره إلا للضرورة الملحة ، ثم هو يريد من الناس أن تترفق قبل القول بقيام هذه الضرورة !

ويستند الأستاذ دراز فى تبرير رأيه إلى الاعتبار الاقتصادى ، ويشير إلى ضرورة أن يتقاسم رأس المال والعمل الربح والخسارة كما فى المضاربة أو القرض . ولكن فى نظام اقتصادى يقوم على رأس المال ، أى فى نظام رأسمالى كالنظم القائمة فى كثير من البلاد ، يصح أن يكون لرأس المال أجرة مكفولة كأجرة الأعيان . والأمر يتعلق بالنظام الاقتصادى القائم . فإن أريد إيثار العمل على رأس المال ، وتوحيد طبقات الشعب دون محاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح – كما يقول الأستاذ دراز فى الاعتبار الاجتماعى الذى أخذ به – فإن هذا يقتضى فى نظرنا تحوير النظام الإقتصادى القائم من نظام رأسمالى إلى نظام اشتراكى ، وللنظام الاشتراكى مبررات لا تقل عن مبررات النظام الرأسمالى .

الاتجاه المتحرر من أحكام المذاهب الفقهية فى الربا :

يذهب الأستاذ معروف الدواليبى فى المحاضرة التى ألقاها فى مؤتمر الفقه الإسلامى بباريس إلى أن الربا المحرم إنما يكون فى القروض التى يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج . ففى هذه المنطقة – منطقة الاستهلاك – يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء ، ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربا فاحش أما اليوم ، وقد تطورت النظم الاقتصادية ، وانتشرت الشركات وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك ، فإن من

الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور فى الحضارة من تطور فى الأحكام . ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقترض الشركات الكبيرة والحكومات من الجماهير وصغار المدخرين ، فإن الآية تنعكس ، والوضع ينقلب ، ويصبح المقترض – أى الشركات والحكومات – هو الجانب القوى المستغل ، ويصبح المقرض – أى صغار المدخرين – هو الجانب الضعيف الذى تجب له الحماية .

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها فى الفقه الاسلامى ، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض ، وهى طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك . ولا تعدو الحال أحد أمرين : أما أن تقوم الدولة بالأقراض للمنتجين ، وأما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة . والحل الثانى هو الحل الصحيح . ويرى الأستاذ الدواليبى أمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لو تذرع العدو بمسلم ، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو .

ويؤخذ على هذا الرأى أمران : (١) يصعب كثيرا من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك ، حتى تباح الفائدة المعقولة فى الأولى وتحرم إطلاقا فى الثانية . قد يكون واضحا فى بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة ، كما هو الأمر فى القروض التى تعقدها الحكومات والشركات ، ولكن هناك صورا أخرى من القروض ، أكثرها وقوعا القروض التى تعقدها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية ، فهل هى قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة ، أوهى قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلا ؟ وهل نستطيع هذا التمييز فى كل حالة على حدة ، فنبيح هنا ونحرم هناك ؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر ، فلا بد إذن من أحد أمرين : إما أن تباح الفائدة المعقولة فى جميع القروض

وإما أن تحرم فى جميعها . وإذا فرضنا جدلا أنه يمكن تمييز قروض الانتاج ، فإن تخريج جواز الفائدة المعقولة فى هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم . فالضرورة بالمعنى الشرعى ليست قائمة ، وإنما هى الحاجة لا الضرورة ، وينبغى التمييز بين الأمرين .

ثانيا - ما ينبغى أن يكون موقف الفقه الإسلامى من الربا فى العصر الحاضر

تحريم الربا هو الحكم الذى تتمشى مع كل العصور وجميع الحضارات :

لا نشك فى أن الواجب ، فى كل العصور وفى جميع الحضارات ، أن يحرم الربا كمبدأ عام . وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تقرير تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامى .

والفقه الإسلامى يحرم الربا، ويرمى من وراء تحريمه إلى تحقيق أغراض سامية جليلة ، تتبين من النصوص الآتية :

يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١ - ص ١٠٣) : «وأما الأصناف الأربعة المطعومة فحاجة الناس اليها أعظم من حاجتهم إلى غيرها لأنها أقوات العالم وما يصلحها ، فمن رعاية مصالح العباد أن منعوا من بيع بعضها ببعض إلى أجل ، سواء اتحد الجنس أو اختلف . ومنعوا من بيع بعضها ببعض حالا متفاضلا وأن اختلفت صفاتها ، وجوز لهم التفاضل فيها مع اختلاف أجناسها . وسر ذلك والله أعلم أنه لو جوز بيع بعضها ببعض نساء لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح ، وحينئذ تسمح نفسه ببيعها حالة لطمعه فى الربح ، فيعز الطعام على المحتاج ، ويشتد ضرره . وعامة أهل الأرض ليس عندهم دراهم ولا دنانير ، لاسيما أهل العمود والبوادى ، وإنما يتناقلون الطعام بالطعام ، فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء

فيها كما منعهم من ربا النساء فى الأثمان ، إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضى وإما أن تربى ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة.. يوضح ذلك أن من عنده صنف من هذه الأصناف وهو محتاج إلى الصنف الآخر ، فإنه يحتاج إلى بيعه بالدراهم ليشترى الصنف الآخر . كما قال النبى صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا ، أو يبيعه بذلك الصنف نفسه بما يساوى . وعلى كلا التقديرين يحتاج إلى بيعه حالا ، بخلاف ما إذا مكن من النساء فإنه حينئذ يبيعه بفضل ، ويحتاج أن يشترى الصنف الآخر بفضل لأن صاحب هذا الصنف يربى عليه كما أربى هو على غيره ، فينشأ من النساء تضرر بكل واحد منهما ... وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة فى الأثمان بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان ، ومنعوا من التجارة فى الأقوات بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات .

ويقول ابن رشد ، بداية المجتهد (جزء ٢ص١٠٩-ص١١٠) : «يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه ، وأن العدل فى المعاملات إنما هو مقاربة التساوى. ولذلك لما عسر إدراك التساوى فى الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدينار والدرهم لتقويمها أى تقديرها. ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات ، أعنى غير الموزونة والمكيلة، العدل فيها إنما فى وجود النسبة، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشىء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن ذلك الفرس قيمته خمسون ، فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون. فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب، فإذن اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة، أعنى أن يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل . وأما الأشياء المكيلة أو الموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة، ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف ،كان العدل فى هذه إنما هو بوجود التساوى فى

الكيل أو الوزن ، إذ كانت لا تتفاوت فى المنافع . وأيضاً فإن منع التفاضل فى هذه الأشياء يوجب ألا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه فى المنافع المختلفة . فإذن منع التفاضل فى هذه الأشياء ، أعنى المكيلة والموزونة ، له علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثانى منع المعاملة إذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم ، فعلة المنع فيهاأظهر ، إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التى لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً فى أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين ، وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً » .

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك أغراضا ثلاثة يقصد إلى تحقيقها من وراء تحريم الربا : (أولا) منع احتكار أقوات الناس . (ثانيا) منع التلاعب فى العملة ، حتى لا تتقلب أسعارها ، وحتى لا تصبح هى ذاتها سلعة من السلع . (ثالثا) منع الغبن والاستغلال عند التعامل فى الجنس الواحد ، لأن التفاضل فى الكم لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل فى الكيف ، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين . ومن ثم قال النبى عليه السلام لمن باع التمر صاعين بصاع : ذلك هو الربا ، ردوه ثم بيعوا تمرنا ثم اشتروا لنا من هذا . فأضبط معيار للتعادل ما بين مقدارين من جنس واحد هو النقود ، يباع أحد المقدارين بنقود ثم يشترى بالنقود المقدار الآخر . فإذا تعادل المقداران كما وكيفا ، فإن التبادل فيهما يكون من باب السرف (١) .

---

(١) ويقول الأستاذ محمد عبدالله دراز فى محاضرته المشار إليها (ص ١٧) فى الأغراض المقصود تحقيقها عن طريق تحريم الربا ما يأتى : « ولكى نلخص فكرتنا عن القواعد التى وضعها التشريع النبوى فى باب التبادل والتقابض نقول : إن هذه القواعد تهدف إلى غرض مزدوج . فهى من إحدى الجهتين تريد أن تحمى النقود والأطعمة ، وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقومات حياتها ، وذلك بمنع وسائل احتكارهما ، أو إخفائهما من الأسواق ، أو تعريضهما للتقلبات الثمنية المفاجئة . وهى من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرار من طرق الغبن والاستغلال التى يتبعها بعض التجار الجشعين » .

استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد فى الكتاب وكل من ربا النسيئة وربا الفضل الواردين فى السنة :

على إننا إذا استبقينا الحرمة كأصل عام للربا فى جميع صوره ، فلا بد لنا مع ذلك من استبقاء التميز بين ربا الجاهلية من جهة وكل من ربا النسيئة وربا الفضل من جهة أخرى . فإن هذا التمييز من الوضوح والخطر بحيث لاوجه للمنازعة فيه .

فربا الجاهلية محرم لذاته تحريم المقاصد .

وكل من ربا النسيئة وربا الفضل محرم لا لذاته ، بل باعتباره ذريعة إلى ربا الجاهلية . فهو محرم تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد ، وذلك سداً للذرائع .

ولا نزال نستبق النتيجة الهامة التى تترتب على هذا التمييز :فربا الجاهلية لاتجيزه إلا ضرورة ملحة من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم . أما كل من ربا النسيئة وربا الفضل ، فيكفى لأجازته أن تقوم الحاجة إلى ذلك .

القرض الذى يجر منفعة :

وقد يكون غريبا أننا لم نعالج فى صور الربا حتى الآن الصورة المألوفة التى تتكرر كل يوم ، وهى صورة القرض بفائدة . فإن جميع أنواع الربا التى عرضنا لها — لا سيما الربا الوارد فى الحديث الشريف — إنما هى بيوع لا قروض . فهل القرض يدخل فى العقود الربوية !

يبدو هذا السؤال غريبا ، فإن القرض هو أول عقد ربوى فى الشرائع الحديثة . ولكن الواقع أن القرض فى الفقه الإسلامى ليس أصلا من أصول العقود الربوية ، إذ البيع هو الأصل كما رأينا ، ويقاس على البيع الربوى القرض الذى يجر منفعة .

وهذا بعض ماجاء فى كتب الفقه الإسلامى من النصوص فى القرض الذى يجر منفعة :

جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٩٥ - ٣٩٦) : « وأما الذى يرجع إلى نفس القرض فهو ألا يكون فيه جر منفعة ، فإن كان ، لم يجز ، نحو ما إذا أقرض دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا أو أقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن قرض جر نفعا . ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا لأنها فضل لا يقابله عوض ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب . هذا إذا كانت الزيادة مشروطة فى القرض . فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما ، فلا بأس بذلك ، لأن الربا اسم لزيادة مشروطة فى العقد ولم توجد ، بل هذا من باب حسن القضاء وأنه أمر مندوب إليه ، قال النبى عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء ، وقال النبى عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح . وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التى يتعامل بها التجار أنها مكروهة ، لأن التاجر ينتفع بها بأسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا . فإن قيل أليس أنه روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما إنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق ، فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة فى القرض مطلقا ثم تكون السفنجة ، وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله أعلم . » (١)

---

(١) وقد ترتب على أنه لايجوز أن يجر القرض نفعا أن الأجل غير لازم فى القرض ، ذلك أن القرض إذا كان لا يجر نفعا فهو تبرع ، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعا . جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٩٦) فى هذا الصدد ما يأتى : « والأجل لا يلزم فى القرض ، سواء كان مشروطا فى العقد أو متأخرا عنه بخلاف سائر الديون . والفرق من وجهين : أحدهما أن القرض تبرع ، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروط ، بخلاف الديون . والثانى أن القرض يسلك به مسلك العارية والأجل لا يلزم فى العوارى ، والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أنه لا يخلو أما أن يسلك به مسلك المبادلة =

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٣) : « قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره كل قرض جر منفعة . قال الكرخى هذا إذا كانت المنفعة مشروطة بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحا أو ما أشبه ذلك ، فإن لم تكن المنفعة مشروطة فى العقد فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به . كذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشترى المستقرض من المقرض متاعا بثمن غال فهو مكروه .. هذا إذا تقدم القرض على البيع فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً ، ثم قرض ستين ديناراً ، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً ، فذكر الخصاف أن هذا جائز .... وإذا رجح فى بذل القرض ولم يكن الرجحان مشروطا فى القرض فلا بأس به ، كذا فى المحيط » .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (حاشية الدسوقى جزء ٣ ص ٢٢٦ – ص ٢٢٧) : « أو جر منفعة .. كشرط قضاء عفن بسالم أو شرط دفع دقيق أو كعك ببلد غير بلد القرض ولو لحاج ، لما فيه من تخفيف مؤونة حمله ومفهومه الجواز مع عدم الشرط ، وهو كذلك . . ثم شبه فى المنع قوله كسفتجة . . الكتاب الذى يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده ، ويحتمل إنه مثال لما جر منفعة ، إلا أن يعم الخوف أى يغلب سائر الطرق فلا حرمة ، بل يندب للأمن على النفس أو المال ، بل قد يجب ،

= وهى تمليك الشىء بمثله أو يسلك به مسلك العارية . لا سبيل إلى الأول لأنه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز ، فتعين أن يكون عارية ، فجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله فى الحقيقة ، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الأجل فى القرض بحال ، بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة ، فإنه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر ، وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة ، والله تعالى أعلم » .

وجاء فى المهذب (جزء أول ص٣٠٤) : «ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ، أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق . والدليل عليه ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض فى لغة أهل الحجاز . وروى عن أبى بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد أرفاق ، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه. فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ماهو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره، جاز، لما روى أبو رافع رضى الله عنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً ، فجاءته أبل الصدقة، فأمرنى أن أقضى الرجل بكراً ، فقلت لم أجد فى الإبل إلا جملا خياراً رباعيا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء . وروى جابر بن عبدالله رضى الله عنه قال كان لى على رسول الله صلى الله وسلم حق، فقضانى وزادنى. فإن عرف لرجل عادة إنه إذا أستقرض زاد فى العوض ، فنى أقراضه وجهان ، أحدهما لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة ، والثانى إنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد » .

وجاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٣٦٠ – ص ٣٦١) : « وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف . . وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ، ومعناه اشتراط القضاء فى بلد آخر ، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعا . وقال عطاء كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه ، فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً . وروى عن على رضى الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأسا . وممن لم ير به بأسا ابن سيرين والنخعى . .

فان أقرضـه مطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه فى القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز . » (١) .

ويتبين مما قدمناه من النصوص أن القرض الذى يتضمن فائدة ليس أصيلا فى العقود الربوية ، بل هو يقاس عليها : يجوز أولا أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة ، فاذا رجح المستقرض فى بدل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً فلا بأس به . ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة ، كمن يبيع الشيء غالياً للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال ، إذ لا شك فى أن الفرق بين الثمن الغالى والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض وأخيرا إذا تضمن القرض زيادة مشروطة ظاهرة — وهذه هى الفائدة بعينها — فان هذا لا يجوز ، ولـكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا ، بل لأنها تشبه الربا ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب .

فإذا كانت الفائدة فى القرض لا تعتبر ربا حقيقياً ، بل يقتصر الأمر على أن فيها شبهة الربا ، فلا مناص من القول بأن ربا القرض يُلحق بربا النسيئة وبربا الفضل ، ويجمع بين كل هذه الأنواع من الربا إنها جميعاً محرمة ، ولـكن التحريم فيها تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد ، ومن ثم يرتفع التحريم إذا قامت الحاجة (٢) .

---

(١) أنظر أيضا . المبسوط للسرخسى جزء ١٤ ص ٣٥ ومابعدها — ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٧٠ — حاشية الدسوقى على الدردير جزء ٣ ص ٢٢٦ ومابعدها — الشرح الـكبير على المقنع جزء ٤ ص ٣٦٠ — ص ٣٦٣ .

(٢) على أن الصورة التى يرسمها الفقهاء عادة للقرض فى العصور السابقة تجعله أقرب إلى الصدقة ، فتغاير مابين طبيعته فى تلك العصور وطبيعته اليوم حيث هو فى أكثر صوره وسيلة مألوفة من وسائل تزويد المنتج بعنصر ضرورى من عناصر الإنتاج وهو رأس المال — جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٣٥٣) : « والقرض مندوب أليه فى حق القرض مباح للمقترض ، لماروينا من الأحاديث ، ولماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه . وعن أبى الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ، ثم يردان ، ثم أقرضهما ، أحب إلى من أن أتصدق بهما . ولأن فيه تفريجا عن أخيه المسلم ، وقضاء لحاجته ، وعونا له ، فكان مندوبا إليه كالصدقة عليه . »

الأصل فى الربا التحريم ولا يجوز الا للضرورة أو الحاجة :

وقد آن أن نلخص ما وصلنا إليه من نتائج فى هذا البحث :

١ — فالأصل فى الربا التحريم ، الربا فى جميع صوره ، سواء كان ربا الجاهلية أو ربا النسيئة أو ربا الفضل أو ربا القرض . والاعتبارات التى تدعو إلى تحريمه هى التى قدمناها : وقاية الناس من احتكار أقواتهم ، وحمايتهم من التلاعب فى أسعار العملة التى يستخدمونها ، ودفع الغبن والاستغلال عنهم .

٢ — على أن هناك صورة من الربا هى أشنع هذه الصور وأشدها استغلالا للمعوز والفقير . وهى الصورة التى نزل فيها القرآن منذرا متوعدا ، صورة الربا الذى تعودته العرب فى الجاهلية ، فيأتى الدائن مدينه عند حلول أجل الدين ويقول إما أن تقضى وإما أن تربى ، والأرباء معناه أن يزيد الدين على المستحق فى مقابل إطالة الأجل . وهذا أشبه بما نسميه اليوم بالفوائد على الفوائد أو الربح المركب ، وصورته أن يتقاضى الدائن فوائد مستقلة على ما تجمد من الفوائد ، فيقول للمدين إما أن تقضى رأس المال وما تجمد عليه من الفوائد ، وإما أن تربى بأن تضم المتجمد من الفوائد إلى رأس المال فيصبح المجموع رأس مال جديد يزيد بما ينتج من الفوائد عن المدة التى أطيل فيها أجل الدين .

هذه الصورة من الربا فى العصر الحاضر هى التى تقابل ربا الجاهلية . وهى محرمة تحريما قاطعاً لذاتها ، تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فهى التى تجر الويل والخراب على المدين ، وتضاعف رأس المال فى سنوات قليلة ، فيأكل الدائن الربا أضعافا مضاعفة ، وهى الصورة التى محقها الله تعالى فى قرآنه الكريم . ومن ثم لا يجوز الربا فى هذه الصورة أصلا . بل إن نظرية الضرورة ذاتها لا تتسع لهذا الجواز ، فإن الضرورة الملحة التى تلجىء كلا من

المدين والدائن على التعامل بالربا على هذا النحو - الضرورة التى يكون من شأنها أن تبيح الميتة والدم - لا يمكن تصورها. وحتى إذا أمكن تصورها فى حق المدين بأن كان فى حاجة إلى المال لحفظ حياته ولم يجد من يقرضه إياه إلا على هذا الشرط، فإنه لا يمكن تصورها فى حق الدائن، وإلا فما هى هذه الضرورة الملحة التى تدفع الدائن إلى هذا الاستغلال إن لم يكن الطمع والجشع!.

٣ - أما الصور الأخرى من الربا - الفائدة البسيطة للقرض وربا النسيئة وربا الفضل - فهذه أيضاً محرمة. ولكن التحريم هنا تحريم للوسائل، لا تحريم للمقاصد. بعض هذه الصور، وهى الخاصة بالأصناف الستة وبفائدة القرض، وردت بنصوص صريحة فى الأحاديث الشريفة. وبعضها، وهى الخاصة بالأصناف الأخرى التى ألحقها الفقهاء بالأصناف الستة، كان من عمل الفقهاء، وهى تقوم على صناعة فقهية لاشك فى سلامتها. وكلها وسائل لا مقاصد، وقد حرمت سداً للذرائع. ومن ثم يكون الأصل فيها التحريم، وتجوز إستثناء إذا قامت الحاجة إليها. والحاجة هنا معناها، كما يقول ابن القيم، مصلحة راجحة، فى صورة معينة من صور الربا، تفوت إذا بقى التحريم على أصله. عند ذلك تجوز هذه الصورة استثناء من أصل التحريم، وتجوز بقدر الحاجة القائمة، فإذا ارتفعت الحاجة عاد التحريم.

٤ - وتبدأ الحاجة أن تكون حاجة شخصية ذاتية، تقوم بفرد بالذات. فى بيع العرايا تقوم الحاجة بشخص المشترى، فهو يبتاع بثمره الجاف ما على رؤوس النخل من الرطب إذا كان هو بالذات فى حاجة إلى الرطب. وهذا ما ورد النص الصريح بجوازه، وأجمعت الفقهاء على صحته. ويقاس عليه بيع الدنانير والدراهم المسكوكة بأكثر من وزنها ذهبا أو فضة، إذا إحتاج التاجر أو غير التاجر إليها خوفا من فوات السوق أو من فوات الرفقة، أى أن الحاجة هى هنا أيضاً شخصية ذاتية. وهذا ما قال به مالك على النحو الذى بيناه فيما تقدم.

ثم تنتهى الحاجة إلى أن تكون عامة شاملة ، لا تقوم بفرد بالذات دون غيره ، بل تكون فى طبيعة المعاملة نفسها . فبيع المصوغ بأكثر من وزنه ذهباً أو فضة دعت إليه حاجة عامة ، هى أن تكون لصنعة الصياغة قيمة يقابلها شىء من الثمن ، وإلا اندثرت هذه الصناعة مع قيام الحاجة إليها . فما دامت هناك صياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيح من حلية السلاح وغيرها ، والناس فى حاجة إليها ، فإن الحاجة تقوم عامة شاملة إلى شراء المصوغ بأكثر من وزنه .

وفى نظام اقتصادى رأسمالى — كالنظام القائم فى الوقت الحاضر فى كثير من البلاد — ويتميز بأن رؤوس الأموال تكون مملوكة للأفراد والهيئات والمصارف وليست مملوكة للدولة ، تدعو الحاجة العامة الشاملة إلى حصول العامل على رأس المال حتى يستغله بعمله . وقد أصبحت شركات المضاربة والقراض ونحوها غير كافية للحصول على رأس المال اللازم . حقاً أن شركات المساهمة وشركات التوصية تسمح فى كثير من الأحوال بأن يستثمر صاحب رأس المال ماله فى شراء أسهم هـذه الشركات فيشترك فى الربح والخسارة ، ولكن القروض هى الوسيلة الأولى ، فى النظام الاقتصادى الرأسمالى القائم ، للحصول على رؤوس الأموال . وحتى فى الشركات المتقدم ذكرها توجد إلى جانب الأسهم، وهى حصص الشركاء الذين يساهمون فى الربح والخسارة ، السندات ، وهى القروض التى تقدم لهذه الشركات . والمقترض هنا ، كما سبق القول، هو الجانب القوى ، والمقرض هو الجانب الضعيف الذى تجب له الحماية . فما دامت الحاجة قائمة للحصول على رؤوس الأموال من طريق القرض أو غيره ، وما دام رأس المال ليس ملك الدولة بل هو ملك الفرد ادخره بعمله وجهده ، فمن حقه أن يبغى عليه أجراً معتدلا لا يَظلم فيه ولا يُظلم ، ما دامت الحاجة قائمة إلى كل ذلك ، فإن فائدة رأس المال فى الحدود المذكورة تكون جائزة استثناء من أصل التحريم .

نقول : فى الحدود المذكورة . ونقصد بذلك : (أولا) : ألا يجوز بحال ، مهما كانت الحاجة قائمة ، أن تتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، فهذا هو ربا الجاهلية الممقوت . (ثانياً) وحتى بالنسبة إلى الفائدة البسيطة ، يجب أن يرسم لها المشروع حدوداً لاتتعداها ، من حيث سعرها ومن حيث طريقة تقاضيها ومن حيث مجموع مايتقاضى منها ومن وجوه أخرى كثيرة ينبغى على المشرع أن يتحراها ، وذلك حتى تقدر الحاجة بقدرها .

٥ — وحتى بعد كل هذا ، فإن الحاجة إلى الفائدة لاتقوم ، كما قدمنا ، إلا فى نظام رأسمالى كالنظام القائم . فإذا تغير هذا النظام — ويبدو أنه فى سبيله إلى التغير — وأصبح نظاما اشتراكيا رؤوس الأموال فيه بيد الدولة لا بيد الأفراد ، عند ذلك يعاد النظر فى تقدير الحاجة ، فقد لاتقوم الحاجة فى ظل النظام الاشتراكى . فيعود الربا إلى أصله من التحريم .

ثالثاً : الموقف الفعلى الذى وقفته من الربا التقنينات المدنية العربية

موقف التقنين المدنى المصرى :

ولعل ماذكرناه يكون مقاربا للموقف الفعلى الذى وقفه التقنين المدنى المصرى الجديد من الربا . فإن هذا التقنين يبغض كل البغض تقاضى الفوائد على رؤوس الأموال ، وقد سار خطوات واسعة فى تضييق حلقة الفوائد ، ووضع فى ذلك أحكاما تشريعية هامة نجملها فيما يلى :

أولا : حرم تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد ، فنص فى صدر المادة ٢٣٢ على أنه « لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد » . فسد بذلك ثغرة واسعة فى تحريم الربا ، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فنهى عنه فى عبارة حاسمة لامخلص منها .

وقد كان التقنين المدنى السابق يجيز تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين :

١ ــ أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد سنة .

٢ ــ وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين ، بعد تجمد الفوائد ، على تقاضى فوائد عنها ، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية .

ثانياً : ضيق التقنين المدنى الجديد كثيراً فى إباحة تقاضى الفوائد البسيطة ومما فعله فى هذا السبيل ما يأتى :

١ ــ وضع حداً أقصى لسعر الفائدة هو ٧ ٪ ، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧ ٪ ، وتعين رد مادفع زائداً على هـــذا القدر (م ١/٢٢٧ مدنى) . وقد كان التقنين المدنى السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة ٨ ٪ ، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى ٧ ٪ كما رأينا .

٢ ــ وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضى الفوائد ، فلا يجوز للمدين أن يتقاضى فوائد على الدين . وقد طبقت هذه القاعدة فى عقد القرض ، فنصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . على أنه إذا حل الدين وتأخر المدين فى الوفاء ، استحقت فوائد تأخير قدرها ٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدنى) .

٣ ــ ولا تسرى فوائد التأخير عن الوفاء إلا إذا طالب بها الدائن مطالبة قضائية ، فلا تكفى المطالبة غير القضائية ولو كانت بانذار رسمى . وكذلك لا تكفى المطالبة القضائية برأس المال وحده ، بل تجب المطالبة بفوائد التأخير ذاتها . ثم أن هذه الفوائد لا تسرى إلا من يوم هذه المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدنى) .

٤ ــ ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن

أكثر من رأس المال (م٢٣٢مدنى). وهذه قاعدة جليلة من قواعد تحريم الربا، ويقضى تطبيقها بألا يأكل الدائن الربا أضعافا مضاعفة. على أن الحاجة، هنا ايضا، قد تقوم، فتقضى بمجاوزة هذا القيد فى القروض الإنتاجية طويلة الأجل.

٥ — وتقضى المادة ٢٢٩ مدنى بأنه «إذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، فى إطالة أمد النزاع، فللقاضى ان يخفض الفوائد قانونية كانت او اتفاقية، او لا يقضى بها إطلاقا، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر».

٦ — وتقضى المادة ٢٣٠ مدنى بأنه «عند توزيع ثمن الشىء الذى بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز مايتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ماهو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء».

٧ — وتقضى المادة ٥٤٤ مدنى فى عقد القرض بأنه «إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين، إذا انقضت ستة اشهر على القرض، أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد فى اجل لا يجاوز ستة اشهر من تاريخ هذا الإعلان. وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للاعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء. ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه». وهذا إجراء حكيم لإسقاط الفوائد، حتى بعد الاتفاق عليها بين الدائن والمدين.

وغنى عن البيان ان هذه القيود ينبغى أن يبقى زمامها فى يد المشرع، فى شىء من المرونة، يوسع فيها أو يضيق منها، فيزيد القيود أو ينقصها، بحسب

الحاجة . فإن قامت الحاجة للتخفف من بعض هذه القيود ، ألغى المشرع منها ماتقضى الحاجة بالغائه . وان لم تعد الحاجة تقضى بألا تباح الفوائد إلا بقيود أكثر من هذه ، زاد المشرع فى القيود . والأمر الجوهرى هو ألا يبيح المشرع الفوائد إلا بالقدر الذى تدعو إليه الحاجة .

موقف التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وقد وقفت التقنينات المدنية العربية الأخرى من الربا موقفا معادلا لموقف التقنين المدنى المصرى على الوجه الآتى :

(أولا) حرمت هذه التقنينات تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد . فعل ذلك التقنين المدنى السورى فى صدر المادة ٢٣٣ ، والتقنين المدنى الليبى فى صدر المادة ٢٣٥ ، والتقنين المدنى العراقى فى صدر المادة ١٧٤ . أماتقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيجيز تقاضى الفوائدعلى متجمدالفوائدبالشرطين اللذين كان التقنين المدنى السابق يجيزه بهما ، فيما عدا أن الفوائد المتجمدة تكون فى التقنين اللبنانى عن مدة ستة أشهر فقط لا عن سنة كاملة(م٧٦٨).

(ثانيا) وضعت هذه التقنينات سلسلة من القيود على الفوائد البسيطة معادلة لتلك التى وضعها التقنين المدنى المصرى على الوجه الآتى :

١ – وضعت حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ،هو ٩ ٪ فى التقنين المدنى السورى (م ٢٣٨/١) ، و ١٠ ٪ فى التقنين المدنى الليبى (م٢٣٠/١) ، و ٧ ٪ فى التقنين المدنى العراقى (م ١٧٢/١)، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إليه .وتعين رد مادفع زائدا. أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فلم يضع حدا أقصى للسعر الاتفاقى ، ولكنه اشترط أن يعين كتابة سعر الفائدة المتفق عليها وإلا فلا تجب الفائدة إلا بالسعر القانونى وهو ٩ ٪ (٢/٧٦٧) ، ، وإذا دفع المقترض من تلقاء نفسه فوائد غير

منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال ، (م ٢/٧٦٦) .

٢ – وإذا لم يكن هناك إتفاق على تقاضي فوائد فلا تتقاضى (٥١٠ سوري م ٥٤١ ليبي ، م ١/٦٩٢ عراق ، م ١/٧٦٦ لبناني). والسعر القانوني للفوائد التأخيرية هو ٤ ٪ في المسائل المدنية و٥ ٪ في المسائل التجارية في التقنين المدني السوري (م ٢٢٧) ، ومثلها في التقنين المدني الليبي (م ٢٢٩) ، ومثلها في التقنين المدني العراقي (م ١٧١) . أما في القانون اللبناني فالسعر القانوني هو ٩ ٪ (قانون المرابحة العثماني في المسائل المدنية والمادة ٢٥٧ من التقنين التجاري في المسائل التجارية) .

٣ – ولا تسري فوائد التأخير إلا من وقت المطالبة القضائية بها (التقنين المدني السوري م ٢٧٧ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٢٩ . والتقنين المدني العراقي م ١٧١ ، وأما في لبنان فتسري فوائد التأخير من وقت الانذار ولا ضرورة للمطالبة القضائية بهذه الفوائد) .

٤ – ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (التقنين المدني السوري م ٢٣٣ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٥ ، والتقنين المدني العراقي م ١٧٤ ، وقانون المرابحة العثماني في لبنان) .

٥ – وإذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع ، جاز تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها إطلاقا (التقنين المدني السوري م ٢٣٠ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٢ ، والتقنين المدني العراقي م ٣/١٧٣ ، وفي لبنان وفقاً للمبدأ العام المقرر في المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية وهي توجب الحكم بالتعويض على من يقدم عن نية سيئة على إقامة أية دعوى أو على المعارضة في أي طلب ظهرت صحته) .

٦ – وعند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبرا لا يتقاضى الدائنون

فوائد تأخير إلا إذا كان الراسى عليه المزاد يدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز مايتقاضاه الدائنون من فوائد ماهو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة ، وتقسم قسمة الغرماء . (التقنين المدنى السورى م ٢٣١ ، والتقنين المدنى الليبى م ٢٣٣ ، ولا نص فى التقنين المدنى العراقى . أما فى لبنان فإن العمل فى دوائر الإجراء يتمشى مع هذا الحكم ، إذ أن الفوائد ترصد إلى تاريخ الاحالة القطعية أى إلى تاريخ رسو المزاد فى إجراءات البيع الجبرى) .

٧ — وإذا اتفق فى عقد القرض على فوائد ، جاز للمدين ، بعد ستة أشهر من القرض ، أن يلغى العقد ويرد ما إقترضه فى أجل لايزيد على ستة أشهر من تاريخ إعلان الإلغاء ، ويلزم بدفع ما استحق من الفوائد عن الستة الأشهر التالية للإعلان (التقنين المدنى السورى م ٥١٢ ، والتقنين المدنى الليبى م ٥٤٣ ، ولا نص فى التقنين المدنى العراقى . وانظر المادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وتنص على أنه : لا يجوز إجبار المقترض على رد مايجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف ، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ، مالم يكن هذا الرد مضرا بمصلحة المقرض) .

* * *

هذا هو موقف التقنينات المدنية العربية ، ومعها التقنين المدنى المصرى ، من الفوائد فى العصر الحاضر . والموقف كما نرى موقف معتدل ؛ ولم تغال هذه التقنينات فى أباحة الفوائد ، بل أحاطتها بقيود كثيرة . وزمام الموقف فى يد المشرع على كل حال ، فإذا كان المشرع العربى قد اباح الفوائد فى هذه الحدود الضيقة ، مسايرا فى ذلك مقتضيات النظام الاقتصادى الرأسمالى القائم فى البلاد العربية ، فهو إنما يخضع للحاجة ، وبقدر ماتقتضيه هذه الحاجة . فاذا ماتغير النظام القائم ، وارتفعت الحاجة فى النظام الذى يستجد ، فلا شك فى ان الواجب هو ان تعود الفوائد إلى اصلها من التحريم . وتحريم الربا أصل من أصول الشرائع تحجبه الحاجة ، فاذا ماارتفعت عاد إلى الظهور .

الفهرس

الفصل الثانى

المحل

الصفحة

المبحث الثانى

وجود المحل أو إمكانه فى الفقه الإسلامى

المطلب الاول

المحـــل موجود

§ ١ — الشىء فى أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

§ الشىء غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل

§ ٣ — الشيء غير موجود أصلا وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل

الصفحة

المطلب الثاني

المحل ممكن

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعيين

المبحث الأول

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الغربي

المبحث الثانى

تعيين المحل أو قابليته للتعيين فى الفقه الإسلامى

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه فى الفقه الغربى

المطلب الاول

اتفاقات تخالف النظام العام

§ ١ — روابط القانون العام

الصفحة

§ ١ — الشرط الصحيح

المطلب الثانى

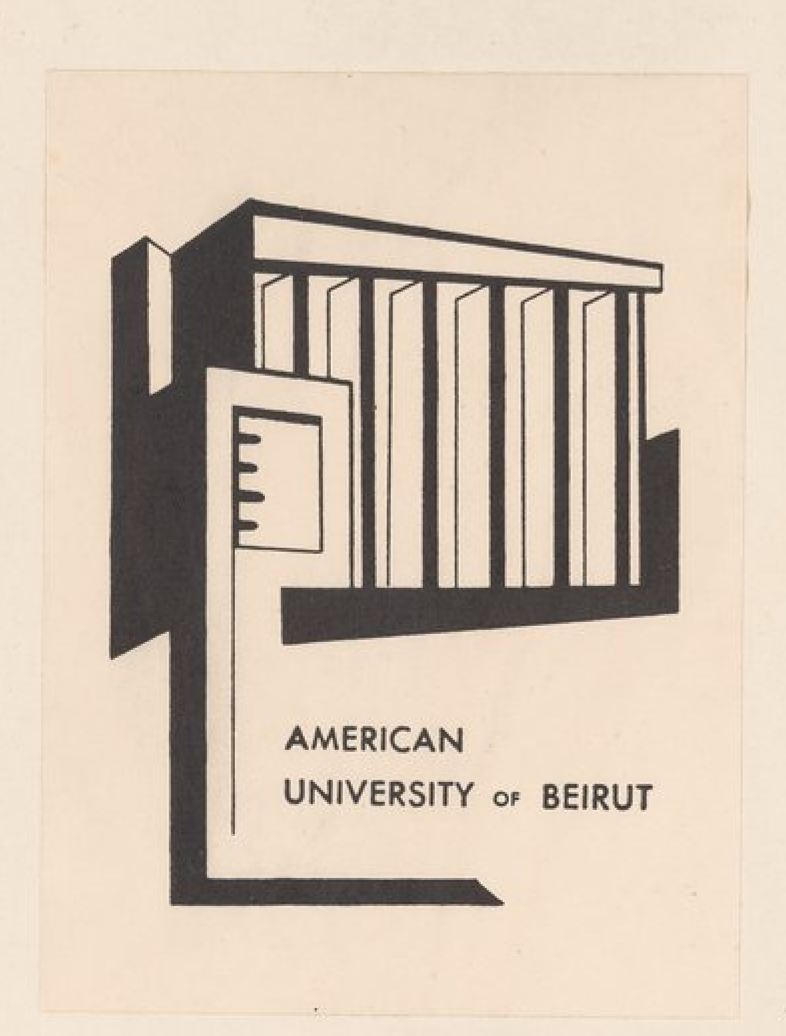
الربا

§ ١ – تحديد منطقة الربا فى الفقه الإسلامى

أولا – تعيين الأموال الربوية

الصفحة

§ ٣ — ما ينبغى أن يكون عليه الفقه الاسلامى
من الربا فى العصر الحاضر


AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

